



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de droit international privé et du commerce
international**

**Dirigé par Monsieur le Professeur Louis d'AVOUT
2023**

***L'audition de l'enfant dans le contentieux
familial international***

Mathilde CODAZZI

Sous la direction de Madame le Professeur Léna GANNAGÉ

Remerciements

Je tiens à remercier Madame le Professeur Léna GANNAGE pour avoir accepté de diriger ce mémoire et pour ses précieux conseils.

Je souhaite également remercier ma famille et mes amis pour leurs encouragements.

Sommaire

Introduction

Partie I. Le statut de la parole de l'enfant

Chapitre 1. Le droit fondamental de l'enfant d'être entendu

Chapitre 2. Les implications procédurales du droit de l'enfant d'être entendu

Partie II. La prise en compte de l'opinion de l'enfant

Chapitre 1. L'opinion de l'enfant dans la procédure au fond

Chapitre 2. L'opinion de l'enfant en cas d'enlèvement international

Conclusion

Bibliographie

Introduction

« *L'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur*¹ ».

1. L'étymologie du mot « enfant », renvoyant au terme latin *infans*, « celui qui ne parle pas² », est de moins en moins propre à refléter le statut actuel de sa parole. D'abord considéré comme un objet du droit, l'enfant est progressivement devenu, grâce aux travaux du Conseil de l'Europe et de la Conférence de La Haye de droit international privé dans les années 1970, un sujet de droit³. La convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, ratifiée par cent quatre-vingt-seize Etats, reflète cette nouvelle approche, véritable « changement de perspective⁴ », en reconnaissant à l'enfant une série de droits fondamentaux. Aussi la question de sa participation aux procédures qui le concernent s'est-elle naturellement posée. Il s'agit désormais pour l'autorité décisionnelle de considérer l'enfant « comme une personne réelle, plutôt que comme l'objet des différends ou des préoccupations d'autres personnes⁵ ». Permettre à l'enfant de participer à la procédure en exprimant son opinion revient en effet à reconnaître qu'il « a des droits qui ont une influence sur sa vie, et pas uniquement des droits dérivés de sa vulnérabilité ou de sa dépendance vis-à-vis des adultes⁶».
2. S'ensuit donc la consécration du droit de l'enfant à exprimer son opinion dans les procédures qui le concernent par divers instruments internationaux, tant généraux que relatifs à une procédure particulière. L'article 12 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant en est le point de départ⁷. Cette disposition garantit « *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. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute*

¹ Préambule de la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924 sur les droits de l'enfant.

² Dictionnaire de l'Académie française.

³ Conférence de La Haye, « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », Tome XXII Été – Automne 2018, *Dossier spécial : La voix de l'enfant – 15 ans après*, p. 4.

⁴ Expression de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, in P. HAMMJE, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 367.

⁵ Lady B. HALE, « Children's Participation in Family Law Decision-Making: Lessons From Abroad », *Australian Journal of Family Law*, vol. 20, 2006, p. 124, in Conférence de La Haye, « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », *op. cit.*, p. 16.

⁶ Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 12 (2009), « Le droit de l'enfant d'être entendu », p. 7.

⁷ Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant.

procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ».

3. La ratification quasiment universelle de ce texte révèle l'ampleur du consensus autour des droits qu'il reconnaît à l'enfant, notamment celui d'être entendu. Le principe même de l'inclusion de l'enfant dans le processus décisionnel le concernant ne fait pas débat. Pour autant, ce consensus autour du principe ne se retrouve pas au niveau des modalités de sa mise en œuvre, ce dont la refonte du règlement Bruxelles II *bis* prend d'ailleurs acte⁸. Les pratiques et droits nationaux divergent en effet, le régime de l'audition de l'enfant pouvant considérablement différer d'un système à un autre, nonobstant parfois leur appartenance à la même tradition juridique. Une brève classification des différentes positions est proposée ici. Il ressort de leur étude que les divergences se retrouvent à trois stades distincts de la procédure.

4. D'abord, les *conditions requises* pour qu'il soit procédé au recueil de la parole de l'enfant diffèrent selon les systèmes. Si la capacité de discernement est une exigence commune, les méthodes d'appréciation varient. Tous les droits ont recours aux critères d'âge et de maturité, mais de façon variable. Certains droits nationaux prévoient ainsi un seuil abstrait d'âge minimum au-delà duquel l'audition est de droit – douze ans en Espagne⁹ et en Italie – tout en permettant l'audition d'enfants plus jeunes à condition que leur discernement soit prouvé. D'autres droits nationaux ne prévoient pas de seuil d'âge et se limitent à l'appréciation concrète du discernement. C'est le cas du droit français qui évoque simplement « *le mineur capable de discernement*¹⁰ ». Les juridictions françaises se réfèrent néanmoins très fréquemment au seul âge biologique pour apprécier la capacité de discernement, instaurant de fait un seuil d'âge minimum absent de la loi. Dans cette lignée, des conventions ou protocoles établis au sein de certaines juridictions instaurent une présomption d'âge au-delà duquel l'enfant est présumé capable de discernement¹¹. Ce seuil serait fixé à l'âge de treize ans devant le juge aux affaires

⁸ Le considérant 39 du règlement Bruxelles II *ter* indique que « *la question de savoir qui entendra l'enfant et comment l'enfant sera entendu est déterminée par les législations et procédures nationales.* »

⁹ Article 159 du Code civil espagnol.

¹⁰ Article 388-1 C. civ.

¹¹ V. not. « L'enfant dans les procédures devant le juge aux affaires familiales – Protocole du tribunal de grande instance de Libourne », *Journal du droit des jeunes*, vol. 261, no 1, 2007, p. 20 : ce protocole fixe le seuil à sept ans.

familiales¹² et abaissé dans les cas d'enlèvement international d'enfants, dans lesquels les juges entendent des enfants âgés de neuf ans, voire de six ans lorsque leur fratrie plus âgée est également concernée¹³. Il faut enfin mentionner la pratique allemande, singulière en Europe. Les juges allemands procèdent en effet à l'audition d'enfants très jeunes, âgés de trois ans. Cette approche particulièrement protectrice s'explique sans doute par la consécration du droit d'être entendu devant les tribunaux dans la Loi fondamentale¹⁴ et par le fait que les magistrats bénéficient d'une meilleure formation en la matière.

5. Ensuite, les *méthodes utilisées* pour recueillir la parole de l'enfant sont variables. En effet, il en existe « autant [...] qu'il existe de cultures et de traditions juridiques¹⁵ ». Les différences entre les pratiques sont relatives à trois aspects : *qui* procède à l'audition, *dans quelles conditions* et *comment* la parole de l'enfant est recueillie. Il faut toutefois préciser qu'au sein d'un même système, les pratiques ne sont pas homogènes : leur présentation ci-dessous ne vise qu'à exposer leur diversité en indiquant la tendance majoritaire dans certains États.

L'enfant peut être entendu directement par le juge : c'est le cas en Grèce et, surtout, en Allemagne où les juges bénéficient d'une formation spécifique à cette fin. Dans d'autres systèmes, notamment en Italie, il est entendu par le juge accompagné d'un expert, juge spécialisé ou psychologue¹⁶ ; au Japon, l'audition incombe à des experts en sciences du comportement¹⁷. Il peut encore être entendu, comme en France, soit par le juge, soit par un expert désigné par celui-ci¹⁸.

L'environnement entourant l'audition est plus ou moins adapté à l'âge de l'enfant selon les systèmes. Lorsque le juge entend l'enfant, il peut le faire pendant l'audience, ou dans une autre salle : il peut s'agir du bureau du juge comme en Grèce, ou de l'environnement dans lequel l'enfant évolue, par exemple à son domicile ou à l'école comme en Allemagne. En Allemagne et au Japon, les juges et experts veillent à ce que leur tenue vestimentaire soit suffisamment

¹² L. GEBLER, « Le juge aux affaires familiales et la parole de l'enfant : et si on avançait ? », *Journal du droit des jeunes*, vol. 261, no. 1, 2007, p. 16.

¹³ Conférence de La Haye, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴ Article 103.

¹⁵ Conférence de La Haye, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶ Article 38 du Code de procédure civile italien.

¹⁷ Conférence de La Haye, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸ Si en France, en théorie, le principe est l'audition par le juge en personne, la pratique révèle une grande hétérogénéité. Il semble que l'audition soit souvent déléguée par le juge à un tiers, tel que le CIDFF (centre d'information sur les droits des femmes et des familles).

décontractée pour ne pas intimider l'enfant¹⁹. Les experts japonais entendent en outre les plus jeunes enfants dans des salles de jeux situées au sein des juridictions²⁰.

Enfin, le statut de l'enfant dans la procédure est variable. Il peut se voir reconnaître la qualité de partie à la procédure et bénéficier à ce titre d'une représentation distincte de celle de ces parents, comme au Royaume-Uni²¹ ou en Australie²². Il peut encore, s'il le souhaite, être assisté d'un avocat qui recueillera sa parole et la fera connaître au juge, pratique observée dans certaines juridictions françaises²³. En outre, plus l'enfant est jeune, plus l'analyse de son comportement par des experts compétents sera privilégiée : dans les systèmes où des enfants très jeunes sont entendus, leur parole ne se limite pas à leur volonté exprimée, mais s'entend aussi de leur comportement décrypté par les experts. La parole d'un enfant s'entend en effet de ce qu'il exprime, mais aussi possiblement de ce qu'il tait.

6. L'hétérogénéité des pratiques françaises est telle qu'il est difficile de les classer. Il est certain que l'audition du mineur « *ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure*²⁴ ». Toutefois, en l'absence d'harmonisation nationale des modalités de l'audition, celles-ci dépendent entièrement de la juridiction, voire du magistrat saisi de l'affaire. Si, en principe, le mineur doit être « *entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet*²⁵ », les pratiques sont plus ou moins fidèles à cette disposition. Une étude menée par le Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille²⁶ expose que parmi les cent soixante-treize tribunaux de grande instance contactés, dix-huit ont indiqué disposer d'une convention conclue avec l'ordre des avocats et seize d'un protocole informel²⁷. Il en ressort que si, dans certaines juridictions²⁸, le juge procède lui-même à l'audition qui n'est déléguée qu'à titre exceptionnel, d'autres n'entendent pas l'enfant, mais son avocat²⁹. Une telle hétérogénéité du régime de

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, p. 28.

²¹ *Ibid.*, p. 45.

²² *Ibid.*, p. 23.

²³ V. par ex. le protocole de Libourne.

²⁴ Article 388-1 C. civ.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ B. MALLEVAEY (dir.), « 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*, C3RD, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille, 2018.

²⁷ *Ibid.*, p. 24.

²⁸ V. par ex. la convention conclue par le tribunal de grande instance de Paris accessible en ligne : https://www.avocatparis.org/sites/bdp/files/2021-06/20111215_convention_amelioration_pratique_audition-de-l-enfant_tgi.pdf (un nouveau protocole, conclu le 26 avril 2023, est entré en vigueur le 1^{er} mai 2023).

²⁹ Selon l'étude, les tribunaux de grande instance d'Alès et de Niort adoptaient cette pratique.

l'audition fait douter de l'efficacité du droit de l'enfant à exprimer son opinion, puisque les modalités de sa mise en œuvre sont entièrement tributaires de la juridiction saisie.

7. Enfin, le *poids donné à l'opinion* exprimée par l'enfant dans le processus décisionnel ne fait pas l'objet d'un consensus. Une classification par systèmes n'est pas spécialement opportune pour rendre compte des divergences observables à ce dernier stade de la procédure. Eu égard au pouvoir d'appréciation laissé au juge pour statuer dans l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est en effet une étude au « cas par cas » qui rend le mieux compte des positions. L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dépendra ainsi davantage de l'appréciation de tel juge que de son environnement juridique national. Cependant, la position de l'Allemagne doit être mentionnée : le droit, y compris de l'enfant, à être entendu devant les tribunaux ayant valeur constitutionnelle, les juges allemands, forts en outre d'une formation particulière, sont particulièrement réticents à rendre une décision allant à l'encontre de la volonté de l'enfant même très jeune.
8. En présence d'un élément d'extranéité, l'audition de l'enfant soulève des enjeux supplémentaires qui s'ajoutent aux considérations inhérentes à la problématique posée dans une situation purement interne.

En effet, il résulte de l'absence de consensus sur les modalités de mise en œuvre du droit de l'enfant d'être entendu que les attitudes des Etats varient inéluctablement au moment de décider s'il convient d'entendre l'enfant et, le cas échéant, du poids à donner à son opinion dans la décision finale. Or, comment un juge qui a coutume d'entendre quasi systématiquement l'enfant et de veiller à ne pas rendre une décision allant à l'encontre de sa volonté réagira-t-il, face à une décision étrangère rendue par un juge moins attaché au respect de la parole de l'enfant qui ne l'aura pas entendu ou n'aura pas pris en compte son opinion ? De quelle marge de manœuvre dispose-t-il au sein de l'Union européenne, alors que le contrôle au stade de l'instance indirecte est strictement encadré ?

En outre, de nouvelles considérations surgissent dans le cas de l'enlèvement international d'enfants. Lorsqu'un parent, en violation du droit de garde de l'autre parent, déplace l'enfant dans un autre Etat que celui de sa résidence habituelle et refuse son retour, les termes du débat ne sont plus les mêmes en raison de l'illicéité de la situation créée par le parent enleveur. Dans ce contexte, la parole de l'enfant doit nécessairement être appréhendée différemment.

9. S'ajoutent, par ailleurs, les implications psychologiques découlant de la tenue d'une procédure et de la possibilité pour l'enfant de s'y faire entendre, qui ne peuvent être ignorées. A cet égard, la « situation de loyauté partagée³⁰ » dans laquelle l'enfant peut se trouver le place dans une position particulièrement délicate. Au milieu du litige opposant ses parents, l'enfant risque de croire qu'il s'agit pour lui de choisir l'un d'eux et d'évincer l'autre. D'où l'importance essentielle de l'informer suffisamment avant de recueillir sa parole, l'enfant ne devant jamais penser que la prise de décision lui incombe. Pour cette raison, le droit d'être informé s'impose une « condition préalable à la prise de décisions claires par l'enfant³¹ ». Plusieurs instruments internationaux vont en ce sens. A ce titre, la convention de Strasbourg sur l'exercice des droits des enfants³² confère à l'enfant, outre le droit d'être consulté et d'exprimer son opinion, le droit « d'être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision ». Concrètement, il s'agit d'informer l'enfant, au début de l'audition, que le but « n'est pas de le situer dans un éventuel conflit entre ses parents, qu'il ne prend pas la décision d'aller chez l'un ou l'autre de ses parents ou sur les modalités du droit de visite et d'hébergement³³ ». Plus simplement, l'enjeu est de donner à l'enfant « une voix, pas un choix³⁴ » et de le lui faire comprendre.

En outre, le recueil de la parole de l'enfant peut constituer une expérience particulièrement intimidante. « Les palais de justice [pouvant] être relativement oppressants, voire intimidants, même pour des adultes³⁵ », procéder à l'audition sans mesures adaptées au jeune âge de l'enfant peut constituer une expérience traumatisante³⁶. Conscient de la nécessité d'adapter l'environnement dans lequel l'enfant s'exprime, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe recommande ainsi d'« améliorer le traitement des enfants dans les palais de justice, en travaillant avec les enfants d'une manière qui leur soit plus adaptée », par exemple, en affectant une salle spéciale à cette fin³⁷.

³⁰ Conférence de La Haye, *op. cit.*, p. 42.

³¹ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 9.

³² Article 3 de la convention européenne du 25 janvier 1996 sur l'exercice des droits des enfants.

³³ Procès-verbal d'audition, tribunal judiciaire de Val-de-Briey, cabinet du juge aux affaires familiales.

³⁴ Conférence de La Haye, *op. cit.*, p. 25.

³⁵ Conseil de l'Europe, *Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, *op. cit.*, p. 90.

³⁶ V. not. Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 8.

³⁷ Outre le bien-être de l'enfant, les conditions entourant son audition peuvent aussi mettre en jeu le droit à un procès équitable. En matière pénale, dans deux affaires *T. c. Royaume-Uni* et *V. c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, la Cour EDH a identifié une violation de l'article 6-1 de la convention par le Royaume-Uni qui n'avait pas adapté le formalisme de la procédure au jeune âge des accusés (onze ans) : « *le formalisme et le rituel de la Crown Court ont dû par moment être incompréhensibles et intimidants pour un enfant de onze ans, et divers éléments montrent que certains des aménagements de la salle d'audience, en particulier la surélévation du banc qui devait permettre aux accusés de voir ce qui se passait, ont eu pour effet d'accroître le malaise du requérant durant le procès car il s'est senti exposé aux regards scrutateurs de la presse et de l'assistance.* » (point 88).

10. Il est désormais acquis que dans toute décision les concernant, « *l'intérêt supérieur des enfants doit être une considération primordiale*³⁸ ». Dès lors, l'expression de la parole de l'enfant doit nécessairement être replacée dans le contexte global de son intérêt supérieur. « Notion magique³⁹ » du droit de la famille, invoqué pour justifier toutes les pratiques⁴⁰, l'intérêt supérieur de l'enfant est particulièrement fuyant et le définir n'est pas aisé : conciliation abstraite des droits reconnus à l'enfant ou correctif casuistique permettant d'écarter la règle objective lorsque son application au cas d'espèce n'est pas satisfaisante ? C'est tout l'enjeu de son appréciation *in abstracto* ou *in concreto*. S'il est admis que la participation de l'enfant aux procédures le concernant est globalement conforme à son intérêt supérieur, la place de l'expression de la volonté de l'enfant dans son appréciation ne fait pas l'objet du même consensus. Si réduire l'intérêt supérieur de l'enfant à sa volonté exprimée reviendrait à laisser l'enfant prendre les décisions le concernant, ne pas tenir en compte équivaudrait à le considérer comme l'objet des différends ou des préoccupations d'autres personnes⁴¹, et non comme une personne réelle sujet de droit. Le risque est donc de lui imposer une décision qu'il refusera d'exécuter, impliquant potentiellement des mesures coercitives. Le choix des termes de « prise en compte », « dûment », « prise en considération » reflète ainsi tant la difficulté de trouver un équilibre entre ces deux extrêmes que la nécessité de laisser un pouvoir d'appréciation au juge pour l'atteindre.
11. Il faut à présent expliciter la dialectique fondamentale émergeant de ces considérations introductives qui structurera les développements ultérieurs. Le recueil de la parole de l'enfant, c'est-à-dire la possibilité qui lui est donnée de s'exprimer, doit être distingué du poids donné à son opinion dans le processus décisionnel. Ces opérations n'interviennent pas au même moment de la procédure, mais successivement. Elles ne sont pas sujettes aux mêmes conditions. Elles ne satisfont pas les mêmes intérêts et mettent en cause des enjeux différents⁴².

L'exemple suivant illustre la nécessité d'envisager successivement ces deux questions. Une procédure de divorce est en cours entre les parents d'un enfant âgé de onze ans. La résidence habituelle de l'enfant doit être fixée. L'un des parents est sans emploi, cède à toutes les demandes de l'enfant et n'est pas impliqué dans sa scolarité. L'autre parent travaille, ne cède

³⁸ Article 3 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant.

³⁹ Doyen Jean CARBONNIER.

⁴⁰ Intervention de P. VERDIER, avocat au barreau de Paris, au Palais Bourbon le 20 novembre 2010, « Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant ».

⁴¹ Lady HALE, *op. cit.* (note 5).

⁴² La proposition de refonte du Conseil du règlement Bruxelles II *bis* (p. 14) explicite bien la distinction.

pas et compte le scolariser dans une école réputée, mais exigeante. *Faut-il permettre à l'enfant de s'exprimer ?* Certainement : âgé de onze ans, sans doute capable de discernement, l'enfant doit pouvoir exprimer son opinion dans le cadre de cette procédure. Il ressort de son audition qu'il souhaite vivre chez le premier parent. *Faut-il suivre sa volonté ?* La réponse est moins évidente. Ces deux questions procédant de préoccupations différentes, il est nécessaire de les envisager distinctement. Alors que la possibilité pour l'enfant de s'exprimer répond au souci de s'assurer que l'enfant, sujet de droit, ne « subisse » pas une procédure qui le concerne sans pouvoir faire entendre sa voix, la question de la prise en compte de cette voix dans la décision finale doit impérativement se lire dans le contexte plus large de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, « *considération primordiale*⁴³ ». La structure des dispositions conventionnelles pertinentes, fondées sur cette distinction, la justifie par ailleurs⁴⁴.

12. La présente réflexion sera donc articulée autour de ces deux axes et tentera de répondre aux questions suivantes : *dans un contexte international, quel est le statut de la parole de l'enfant dans une procédure qui le concerne ? Comment son opinion doit-elle être prise en compte dans la détermination de l'issue du litige ?* Il conviendra d'analyser en premier lieu le statut de la parole de l'enfant (**Partie I**) avant d'envisager en second lieu la mesure dans laquelle l'opinion de l'enfant devrait être prise en compte dans la décision finale (**Partie II**).

⁴³ Article 3 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant.

⁴⁴ A titre d'exemple, l'article 12.1 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant est rédigé en une phrase composée de deux propositions. La première dispose que « *les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant (...)* ». La seconde continue « *(...) les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité*. Cette structure binaire ressort encore davantage de l'article 21 du règlement Bruxelles II *ter*, séparé en deux alinéas traitant successivement de ces deux aspects.

PARTIE I

Le statut de la parole de l'enfant

13. La prise de conscience de la nécessité d'associer davantage l'enfant à la prise de décisions le concernant a abouti à la consécration d'un véritable droit fondamental d'être entendu dans plusieurs instruments internationaux et européens (**chapitre 1**). Ces textes, qui attachent des effets au non-respect du droit de l'enfant d'être entendu, appellent à se pencher sur les implications procédurales de ce droit (**chapitre 2**).

Chapitre 1. Le droit fondamental de l'enfant d'être entendu

14. La manière dont le droit de l'enfant d'être entendu a été consacré dans les instruments pertinents, en ce qu'elle conduit à s'interroger sur la nature de ce droit, mérite d'être étudiée (**section 1**). Sa mise en œuvre, qui appelle des observations relatives aux conditions posées et aux limites qu'elle impose au droit d'être entendu, nous retiendra ensuite (**section 2**).

Section 1. La consécration du droit de l'enfant d'être entendu

15. Plusieurs dispositions internationales aux sources différentes et au champ d'application matériel varié consacrent le droit de l'enfant d'être entendu. Une synthèse en est proposée ici, ainsi que l'exposé des fondements qui ont conduit à la reconnaissance de ce droit (§1). L'étude de ces considérations est en effet un préalable nécessaire à celle de sa nature (§2).

§ 1. L'affirmation du droit de l'enfant d'être entendu

16. L'exposé de ces dispositions (**A**) amène à s'interroger sur les fondements de la consécration du droit de l'enfant d'être entendu (**B**).

A. L'exposé des dispositions pertinentes

17. Sur le plan des conventions internationales, deux textes adoptés en 1980 contiennent une solution novatrice à propos de procédures particulières : la convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et la convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants. La première permet exceptionnellement au juge de l'Etat de refuge de déroger à l'obligation d'ordonner le retour immédiat sur le fondement de l'opposition de l'enfant⁴⁵. La seconde requiert que le juge de l'instance indirecte, pour les autres affaires, prenne connaissance de son point de vue avant de refuser la reconnaissance d'une décision dont les effets ne seraient manifestement plus conformes à son intérêt⁴⁶. Puis l'article 12 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant a consacré un droit général de l'enfant à exprimer son opinion dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant.

En matière d'adoption, la convention de La Haye de 1993 impose aux autorités compétentes de s'assurer, « *eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant, [...] que les souhaits et avis de l'enfant ont été pris en considération*⁴⁷ » et que « *le consentement de l'enfant à l'adoption, lorsqu'il est requis, a été donné librement [...]*⁴⁸ ». L'objectif de « développer les principes énoncés à l'article 12 » a justifié la création d'un alinéa distinct⁴⁹.

Adoptée en 1996, la convention de La Haye sur la protection des enfants⁵⁰ permet au juge requis de refuser la reconnaissance d'une mesure prise « *sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'Etat requis* ». Ce motif de refus est « directement inspiré de l'article 12, paragraphe 2, de la convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant⁵¹ ».

La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, adoptée en 1996, consacre le droit de l'enfant à « *être consulté et exprimer son opinion*⁵² », assorti du droit procédural et d'être « *informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision* ».

⁴⁵ Article 13.2.

⁴⁶ Article 15.1.

⁴⁷ Article 4.d.2.

⁴⁸ Article 4.d.3.

⁴⁹ M.-G. PARRA-ARANGUREN, Rapport explicatif de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, n°156.

⁵⁰ Article 23.

⁵¹ P. LAGARDE, Rapport explicatif de la convention sur la protection des enfants, n° 123.

⁵² Article 3.

Enfin, la convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants de 2003 contient une disposition similaire⁵³ en ajoutant néanmoins qu'il doit être dûment tenu compte, en plus de son opinion, « *des souhaits et sentiments constatés chez l'enfant* ».

18. Le droit de l'enfant d'être entendu a également été consacré à l'article 24.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵⁴. Avant déjà, les auteurs du règlement Bruxelles II *bis* avaient attaché des conséquences au non-respect du droit de l'enfant d'être entendu⁵⁵. Le règlement Bruxelles II *bis* refondu va plus loin avec une disposition autonome imposant de donner à l'enfant capable de discernement une « *possibilité réelle et effective d'exprimer son opinion*⁵⁶ ». A l'instar des conventions internationales précitées, la possibilité pour l'enfant d'exprimer son opinion librement doit être lue à la lumière de l'article 12 de la convention des Nations-Unies relatives aux droits de l'enfant⁵⁷.
19. Les dispositions précitées illustrent ainsi pleinement l'affirmation de ce droit par la communauté internationale⁵⁸. A cet égard, il faut relever que l'article 12.2⁵⁹ est d'application directe devant les juridictions françaises depuis un revirement effectué par la Cour de cassation⁶⁰. Si ce dernier ne s'imposait pas eu égard à la précision suffisante de l'article 388-1 du Code civil⁶¹, ce revirement témoigne de sa volonté de renforcer l'efficacité du droit⁶². Cela conduit à s'interroger sur ses fondements.

⁵³ Article 6 – Le droit de l'enfant à être informé, consulté et à exprimer son opinion. Cette convention n'a pas été ratifiée par la France.

⁵⁴ « *Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils 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.* »

⁵⁵ Articles 11.2, 23, 41 et 42. V. *infra*, Chapitre 2.

⁵⁶ Cette formule avait déjà été utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne : v. aff. C-491/10, *Aguirre Zarraga*.

⁵⁷ Considérant 39.

⁵⁸ D'autres textes de source internationale reconnaissent également, dans le cadre de procédures particulières, le droit de l'enfant à exprimer son opinion : v. not. Recommandation No R (84) 4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les responsabilités parentales ; Recommandation No R (87) 6 sur les familles nourricières ; Résolution (77) 33 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le placement des enfants ; Résolution du Parlement européen sur les mesures de protection des enfants mineurs dans l'Union européenne (*Journal officiel* n° C 020 du 20/01/1997 p. 0170).

⁵⁹ A l'instar de l'article 3.1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-20613 ; Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, n° 03-17.912 ; CE, 27 juin 2008, n° 291561. Pour la solution antérieure, v. Civ. 1^{ère}, 10 mai 1993, n° 91-11.310, arrêt *Lejeune*.

⁶¹ A. GOUTTENOIRE, *Dr. Famille* 2005, comm. 156, note ss. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-20613.

⁶² *Ibid.*

B. Les fondements du droit

20. Le droit de l'enfant d'être entendu résulte de la volonté d'accroître sa participation aux procédures qui le concernent, phénomène sur lequel il est pertinent de s'arrêter **(1)** avant d'en rechercher les raisons **(2)**.

1. La participation de l'enfant aux procédures qui le concernent

21. La consécration du droit de l'enfant d'être entendu s'inscrit dans le mouvement plus large visant à accroître sa participation aux procédures qui le concernent. Avec la *protection* – droits dérivés de la vulnérabilité de l'enfant – et la *prestation* – droits dérivés de sa dépendance vis-à-vis des adultes –, la *participation*, en ce qu'elle reconnaît que les droits de l'enfant ont « une influence sur sa vie⁶³ », constitue une des trois catégories regroupant les droits consacrés par la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant, et l'un des quatre principes généraux du texte⁶⁴.
22. La participation peut se définir comme l'ensemble des « processus continus, qui comprennent le partage d'informations et le dialogue entre enfants et adultes, sur la base du respect mutuel, et par lesquels les enfants peuvent apprendre comment leurs vues et celles des adultes sont prises en compte et influent sur le résultat de ces processus⁶⁵. » Elle semble ainsi couvrir trois aspects.

D'abord, elle présuppose l'information de l'enfant, tant de la possibilité d'être entendu que des conséquences éventuelles de son audition. Sur ce premier aspect, le juge français est tenu de « *s'assure[r] que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat⁶⁶* ». Sur le second aspect, l'information de l'enfant doit porter sur les « options qui s'offrent à lui, [l]es décisions qui pourraient être prises et leurs conséquences » ainsi que sur les conditions de l'audition, et constitue « la condition préalable à la prise de décisions claires par l'enfant⁶⁷ ». Cette formulation du Comité des droits de l'enfant est malheureuse, dans la mesure où l'enfant ne prend pas la décision.

⁶³ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁴ *Ibid*, p. 4. Les trois autres principes sont le droit à la non-discrimination, le droit à la vie et au développement, et la priorité accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁶⁵ *Ibid*.

⁶⁶ Article 388-1 al. 4 C. civ.

⁶⁷ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 9.

Ensuite, elle implique l'existence d'une possibilité, réelle et effective, d'être entendu dans la procédure.

Enfin, pour que la participation « ait du sens⁶⁸ », elle requiert que l'opinion exprimée soit prise en compte. Recueillir la parole de l'enfant sans prendre en considération son opinion d'une façon ou d'une autre serait inutile, voire contre-productif : entendu, mais ignoré, l'enfant risque de se sentir plus négligé encore que s'il n'avait pu s'exprimer. Notons à ce stade que la « prise en compte » dans la décision ne signifie pas que l'opinion de l'enfant est nécessairement suivie. « Prendre en considération » signifie « considérer avec une attention particulière »⁶⁹ : il est donc concevable que l'opinion soit prise en considération sans être suivie⁷⁰, l'enjeu consistant à motiver suffisamment le sort réservé à l'opinion.

2. Les raisons de la participation de l'enfant aux procédures qui le concernent

23. Pour identifier les fondements de ce droit, il faut revenir plus largement sur les raisons de l'inclusion de l'enfant dans la prise de décisions qui le concernent. Elles peuvent être regroupées, nous semble-t-il, en deux catégories.

Les raisons avancées pour favoriser la participation de l'enfant à la procédure sont, d'abord, d'ordre psychologique. Puisque « c'est l'enfant, plus que quiconque, qui devra vivre avec la décision du tribunal », il convient d'écouter son point de vue. La possibilité qu'il soit contraint par la décision « n'est pas une raison pour ne pas écouter ce qu'il [a] à dire⁷¹ ». Au milieu d'un litige déchirant, n'est-il pas souhaitable de l'écouter pour l'inclure dans la procédure à l'issue de laquelle sera rendue une décision qui le contraindra ? Il s'agit donc de voir l'enfant non « comme un objet de préoccupation, mais une personne à part entière⁷² ». Il se sentira écouté, respecté, pris au sérieux. Le doyen CARBONNIER estimait ainsi que l'audition a « une fonction psychologique, psychothérapeutique, en vue de dénouer les tensions entre l'enfant et sa famille⁷³ ».

⁶⁸ Conseil de l'Europe, Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁹ Dictionnaire de l'Académie française.

⁷⁰ V. *infra*, Partie II.

⁷¹ Chambre des Lords, Lady HALE, *Re D* [2007] 1 AC 619 in Conférence de La Haye, « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », Tome XXII, *op. cit.*, p. 13.

⁷² Cour de district de Nouvelle-Zélande, Jan Doogue, *Hollins c. Crozier* [2000] NZFLR 775 (DC), p. 797 in « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », Tome XXII, *op. cit.*, p. 16.

⁷³ J. CARBONNIER, *Droit civil (T2) – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2002, p. 156.

Cette observation rejoint la question de l'autonomie de l'enfant. Pour certains auteurs, écouter les enfants favorise leur autonomie⁷⁴ et le contact avec le personnel judiciaire leur permet de « développer le sens de la revendication qui fait partie d'une autonomie rationnelle ». S'il est incontestable que l'enfant doit pouvoir invoquer les droits qui lui sont reconnus par les conventions internationales, la question de l'autonomie doit être abordée prudemment. Si l'enfant « compren[d] [son] propre monde mieux que quiconque⁷⁵ » et sera, au même titre que ses parents, contraint par la décision finale, le fait qu'il doive vivre avec la décision ne justifie pas de suivre son opinion si celle-ci s'avère contraire à son intérêt supérieur⁷⁶.

24. Les raisons de favoriser la participation de l'enfant sont, ensuite, d'ordre juridique. D'abord, écouter ce que l'enfant a à dire dans une procédure le concernant apparaît comme la conséquence première et inhérente à sa reconnaissance comme sujet de droit. C'est en effet dans cette qualité que le droit d'être entendu trouve sa source. Ensuite, recueillir la parole de l'enfant sera presque toujours nécessaire pour apprécier son intérêt supérieur⁷⁷, considération primordiale dans la prise de décision. Enfin, une dernière raison est, là encore, relative à l'autonomie de l'enfant. L'observation selon laquelle, même s'ils sont sujets de droit, les enfants n'ont pas l'autonomie complète des adultes⁷⁸, trouve écho dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle reconnaît l'existence d'un droit à l'autonomie personnelle « inhérent à la notion de vie privée » qui consiste à « choisir comment conduire sa vie », mais lui confère une « portée différente dans le cas des enfants » qui, « contrairement aux adultes, ne disposent pas d'une autonomie complète mais sont néanmoins des sujets de droits. » Ils exercent ainsi leur « autonomie limitée, qui augmente progressivement à mesure qu'ils gagnent en maturité, par le biais de leur droit à être consultés et entendus⁷⁹. » La possibilité de l'enfant d'être entendu est donc le préalable nécessaire à l'exercice de cette « semi-autonomie » et assure, du point de vue de la Cour de Strasbourg, le respect de son droit à la vie privée. Dans

⁷⁴ Prof. M. HENAGHAN (université d'Otago, Nouvelle-Zélande) citant le Prof. M.D.A. FREEMAN (UCL), *The Rights and Wrongs of Children*, Londres, Frances Pinter, 1983, p. 281 in « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », Tome XXII, *op. cit.*, p. 16 : « Si les droits des enfants doivent être plus qu'un slogan politique, il convient alors que les enfants revendiquent ces droits et qu'ils soient encouragés et sensibilisés à le faire. Le contact avec des gens, des avocats et d'autres personnes ayant une expertise et étant engagées permettra aux jeunes de développer le sens de la revendication qui fait partie d'une autonomie rationnelle ».

⁷⁵ M. HENAGHAN, in « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », Tome XXII, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁶ V. *infra*, Partie II.

⁷⁷ V. *infra*, Partie II. Selon T. HAMMARBERG, « pour être à même de déterminer quel est son intérêt supérieur, il est essentiel d'entendre l'enfant lui-même ».

⁷⁸ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁹ CEDH, 1^{er} février 2018, *M.K. c. Grèce*, req. n° 51312/16, point 74.

le même sens, le Défenseur des droits estime que lorsqu'un enfant n'est pas entendu à propos d'une décision le concernant, « c'est non seulement son droit à la participation qui est bafoué, mais aussi, potentiellement, le respect de sa vie privée⁸⁰ ».

25. Les diverses dispositions consacrant le droit de l'enfant d'être entendu ainsi que les fondements de ce droit ont été présentés. Il convient à présent d'en examiner la nature.

§ 2. La nature du droit de l'enfant d'être entendu

26. Les formules utilisées sont variées. Elles évoquent le « *droit d'exprimer son opinion*⁸¹ », la « *possibilité d'être entendu*⁸² », la « *possibilité réelle et effective d'exprimer son opinion*⁸³ », ou prennent encore la forme d'une obligation incombant au juge. La Cour de justice de l'Union européenne utilise indifféremment les expressions du « droit » et de la « possibilité d'être entendu⁸⁴ ». Le droit français prévoit que « *le mineur capable de discernement peut (...) être entendu par le juge* » et que l'audition « *est de droit lorsque le mineur en fait la demande*⁸⁵. » Au-delà de la terminologie, la recherche de la nature du droit de l'enfant d'être entendu doit se fonder sur des éléments objectifs, dont il ressort qu'il s'agit bien d'un droit fondamental (A). Il présente néanmoins une singularité (B).

A. La qualification de droit fondamental

27. L'appartenance du droit de l'enfant d'être entendu à la catégorie des droits fondamentaux procède, d'une part, de la nature des sources qui le consacrent (1) et, d'autre part, de la méthode caractéristique par laquelle ce droit peut être mis en œuvre (2).

⁸⁰ Rapport « La vie privée : un droit pour l'enfant », Défenseur des Droits, République française, 2022. p. 4.

⁸¹ Article 12.1 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant ; Article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁸² Article 12.2 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant ; article 23 de la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants ; articles 11, 23, 41 et 42 du règlement Bruxelles II *bis*.

⁸³ Article 21 du règlement Bruxelles II *ter*.

⁸⁴ V. CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, préc., points 57 et 60.

⁸⁵ Article 388-1 al. 1 et 2 C. civ.

1. Les sources du droit

28. La volonté politique de renforcer la sauvegarde des droits fondamentaux « se tradui[t] par la constitutionnalisation, l'internationalisation et l'eupéanisation de leur protection⁸⁶ ». L'avènement de ces derniers phénomènes vient d'être démontré. En droit comparé, le droit d'être entendu a par ailleurs valeur constitutionnelle⁸⁷. En outre, les préambules de la convention des Nations-Unies et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne évoquent les nécessités de protéger les droits fondamentaux consacrés et d'accorder une « protection spéciale » à l'enfant. La Cour de justice, interprétant une disposition du règlement Bruxelles II *bis* à la lumière de l'article 24 de la Charte, fonde son raisonnement sur la prémisse selon laquelle le droit de l'enfant d'être entendu constitue bien un droit fondamental⁸⁸. Toutefois, la lettre de cette disposition en fait davantage une « liberté » qu'un droit⁸⁹.
29. La qualification de droit fondamental est par ailleurs corroborée par le statut du droit de l'enfant d'être entendu dans le régime de l'instance indirecte de certains instruments. La convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants permet en effet de refuser la reconnaissance d'une mesure prise « *sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'Etat requis* ». La consécration d'une telle « clause spéciale d'ordre public procédural⁹⁰ », dont l'inspiration de l'article 12 de la convention des Nations-Unies relatives aux droits de l'enfant est expressément affirmée, étaye cette lecture. La même solution était en outre retenue par le règlement Bruxelles II *bis*⁹¹. L'internationalisation et l'eupéanisation de la protection du droit de l'enfant d'être entendu constituent ainsi le premier élément démontrant qu'il s'agit bien d'un droit fondamental. La circonstance que la possibilité d'être entendu constitue un droit subjectif en droit français⁹² s'explique simplement par la manière dont le droit fondamental a été transposé en droit interne.

⁸⁶ R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé – Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2020, n° 2.

⁸⁷ Le droit d'être entendu dans les procédures a été consacré à l'article 103 du *Grundgesetz* (Loi fondamentale allemande).

⁸⁸ V. CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, préc., points 59 et s.

⁸⁹ C. SIFFREIN-BLANC, « Procédure de divorce – Audition de l'enfant », *JCl. Divorce*, Fasc. n° 700-10, 28 avril 2022, n° 2.

⁹⁰ P. LAGARDE, Rapport explicatif de la convention sur la protection des enfants, n° 123.

⁹¹ Article 23 b).

⁹² Pour rappel, l'audition « est de droit » lorsque le mineur en fait la demande.

2. La méthode de mise en œuvre du droit

30. Une autre caractéristique des droits fondamentaux a trait à leur mise en œuvre. Elle conduit à écarter la règle abstraite et générale au motif que son application au cas d'espèce constitue une ingérence disproportionnée ou inéquitable dans le droit de l'intéressé. En d'autres termes, il s'agit, au nom de l'équité ou de la proportionnalité, d'« adapter la solution judiciaire aux circonstances de chaque espèce⁹³ ». Deux affaires illustrent cette approche.
31. La première est un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, *M. et M. c. Croatie*⁹⁴. Dans le cadre d'une procédure d'attribution de la garde devant les juridictions croates, l'enfant de douze ans continuait à vivre chez son père alors qu'elle avait exprimé le souhait de vivre avec sa mère⁹⁵. Les autorités n'avaient à aucun stade de la procédure donné à l'enfant la possibilité de s'exprimer. Après avoir énuméré les textes relatifs au droit de l'enfant d'être entendu⁹⁶, la Cour identifie, « dans les circonstances particulières de l'espèce⁹⁷ », une violation du droit à la vie privée et familiale de l'enfant, qui n'a toujours pas été entendue après quatre ans et trois mois de procédure⁹⁸. On perçoit ainsi la manière dont la méconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu par les juridictions croates influe sur l'issue du litige : le juge croate devra entendre l'enfant avant de statuer sur la garde.
32. L'intérêt de la seconde affaire, *Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, arrivée devant la Cour de justice de l'Union européenne, réside dans le raisonnement du juge allemand à l'origine de la question préjudicielle. Une procédure de retour est intentée en Espagne par le père de l'enfant lorsque la mère installée en Allemagne refuse le retour de l'enfant, dont le père a obtenu la garde provisoire. Le père intente également deux procédures en Allemagne : une procédure de retour, lequel est refusé sur le fondement du motif tiré de l'opposition de l'enfant⁹⁹ et une procédure d'exécution forcée sur le fondement du certificat attaché à la décision espagnole

⁹³ F. CHENEDE, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016.796, n° 5. V. aussi R. LEGENDRE, thèse préc., n° 11.

⁹⁴ CEDH, *M. et M. c. Croatie*, 3 septembre 2015, req. n° 10161/13.

⁹⁵ Cette affaire se distingue particulièrement par ses circonstances difficiles, l'enfant ayant commencé à s'automutiler et justifiant cela par sa frustration de ne pas vivre avec sa mère comme elle en avait exprimé le souhait.

⁹⁶ La Cour cite l'article 12 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant, l'observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant, la convention européenne sur l'exercice des droits des enfants et les Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants.

⁹⁷ Point 186.

⁹⁸ Point 184.

⁹⁹ Article 13.2 de la convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

attribuant la garde au père. La mère s'oppose à l'exécution forcée de cette décision au motif que le juge espagnol n'a pas entendu l'enfant, alors même que l'audition conditionne la délivrance du certificat. La première question préjudicielle est ainsi formulée : « dans le cadre d'une interprétation de l'article 42 du règlement [Bruxelles II *bis*] qui soit conforme à la Charte [...], le tribunal de l'Etat membre d'exécution dispose-t-il exceptionnellement d'un pouvoir de contrôle propre lorsque la décision de l'Etat membre d'origine qui doit être exécutée est entachée d'une grave violation des droits fondamentaux ? » Si la Cour répond négativement¹⁰⁰, ce qui n'est pas surprenant eu égard au principe de confiance mutuelle, c'est bien un contrôle *in concreto* de conformité aux droits fondamentaux que le juge allemand souhaite opérer. Le principe de confiance mutuelle et la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux dans les Etats membres qu'elle induit s'opposent en principe à un tel contrôle. La juridiction allemande raisonnait par là de manière semblable à la Cour de Strasbourg.

B. Les particularités du droit fondamental de l'enfant d'être entendu

33. Ce droit présente néanmoins certaines singularités. En premier lieu, son efficacité reste dans une très large mesure tributaire de l'appréciation souveraine des juges du fond. L'emploi du terme « possibilité » préfigurait déjà cette limite. Si l'enfant se voit reconnaître « le droit d'exprimer son opinion », c'est la « possibilité d'être entendu » qui doit être garantie, nuance explicitée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire précitée¹⁰¹. Dès lors, le droit se comprend ainsi : le droit de l'Union n'impose pas au juge de toujours procéder à l'audition de l'enfant, mais lorsqu'il le décide, *alors*, il doit lui offrir une possibilité réelle et effective de s'exprimer¹⁰². L'ambiguïté apparaît donc : « tout en restant un droit de l'enfant, l'audition ne peut pas constituer une obligation absolue ». Cette limite doit cependant être envisagée à l'aune du caractère non absolu des droits fondamentaux.
34. En second lieu, bien qu'il s'agisse d'un droit fondamental en soi, le droit de l'enfant d'être entendu n'est jamais appliqué à titre autonome par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, bien qu'elle ne manque pas de rappeler les nombreux instruments qui le consacrent¹⁰³, elle n'en identifie pas de violation. Cela s'explique par le fait que le droit de l'enfant d'être

¹⁰⁰ V. *infra*, Chapitre 2, Section 1, § 2.

¹⁰¹ CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, préc., point 62.

¹⁰² *Ibid.*, point 66.

¹⁰³ V. par ex. CEDH, 1^{er} juillet 2018, *M.K c. Grèce*, préc., points 45 s.

entendu n'est pas appréhendé comme un droit autonome dans la convention européenne des droits de l'homme, mais comme une composante d'autres droits – de l'enfant, mais aussi de ses parents.

Le recueil de l'opinion de l'enfant a d'abord été envisagé par la Cour sous le prisme du respect au droit de la vie familiale de l'un des parents. Dans une affaire *Sahin c. Allemagne* où les juridictions allemandes avaient refusé au père de l'enfant un droit de visite, celui-ci invoquait une violation de l'article 8 de la convention au motif que l'enfant n'avait pas été entendue directement par le juge¹⁰⁴. Si la Cour désapprouve la chambre d'avoir retenu que la circonstance qu'aucun tribunal n'ait entendu l'enfant « montrait que les intérêts du requérant n'avaient pas été suffisamment protégés au cours de la procédure relative au droit de visite¹⁰⁵ », son analyse porte exclusivement sur le terrain du droit à la vie familiale du parent. Il s'agissait de savoir « si le processus décisionnel a suffisamment protégé les intérêts d[u] parent¹⁰⁶ ».

Le droit de l'enfant d'être entendu a également été envisagé par la Cour de Strasbourg comme une composante du droit à la vie privée des enfants. Le droit à l'autonomie personnelle qu'elle leur a reconnu, « inhérent à la notion de vie privée », s'exerce « par le biais de leur droit à être consultés et entendus¹⁰⁷. » Le respect du droit à la vie privée de l'enfant requiert donc qu'il puisse s'exprimer.

Le droit a encore été appréhendé par la Cour sous l'angle du respect du droit à un procès équitable. Dans une affaire *Iglesias c. Espagne*, elle déduit du refus du juge espagnol de recueillir la parole des enfants de la requérante que cette dernière « s'est vue indûment priver de son droit à ce que ses enfants mineurs soient entendues personnellement par le juge » et que dès lors, les juridictions « n'ont pas garanti à la requérante son droit à un procès équitable¹⁰⁸ ».

Pourquoi ne pas tirer les conséquences de la constatation selon laquelle l'enfant est désormais reconnu comme un sujet de droit et continuer d'analyser la méconnaissance de son droit fondamental d'être entendu sous le prisme des droits des parents ? La possibilité pour l'enfant d'exprimer son opinion n'a pas pour but d'accroître l'efficacité de leurs droits.

¹⁰⁴ Cette affaire est également pertinente dans la mesure où la Cour reconnaît qu'exiger la tenue systématique de l'audition de l'enfant pendant l'audience lorsqu'est en jeu le droit de visite d'un parent n'exerçant pas la garde « serait aller trop loin » (point 73).

¹⁰⁵ CEDH, 8 juillet 2003, *Sahin c. Allemagne*, req. n° 30943/96, point 54.

¹⁰⁶ *Ibid.*, point 70.

¹⁰⁷ CEDH, 3 septembre 2015, *M. et M. c. Croatie*, préc., point 171 ; CEDH, 1^{er} juillet 2018, *M.K. c. Grèce*, préc., point 74.

¹⁰⁸ Points 42 et 43.

35. Après une présentation des dispositions internationales et européennes ayant consacré le droit de l'enfant d'être entendu, il a été démontré que ce droit relève des droits fondamentaux. Sa mise en œuvre est à présent analysée.

Section 2. La mise en œuvre du droit de l'enfant d'être entendu

36. Tant l'article 12.1 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant que l'article 388-1 du Code civil ou encore l'article 21 du règlement Bruxelles II *ter* subordonnent la possibilité pour l'enfant de s'exprimer à sa capacité de discernement. Si l'établissement de conditions est souhaitable, celle du discernement appelle certaines critiques en ce qu'elle est susceptible de limiter sérieusement le droit de l'enfant d'être entendu (§1). Ce droit, de manière prévisible, n'étant pas absolu, il peut se voir limité dans certaines circonstances qui seront exposées (§2).

§ 1. La condition relative au discernement

37. La condition tenant au discernement a été insérée en droit français lors de la transposition de l'article 12. Avant la réécriture de l'article 388-1 par la loi du 8 janvier 1993, l'audition était de droit pour le mineur de plus de treize ans et le juge ne pouvait l'écarter que par une décision spécialement motivée¹⁰⁹. C'est donc pour rétablir la conformité au droit international qu'a été modifié l'article 388-1 du Code civil par la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance¹¹⁰. Avec la circonstance que l'enfant soit concerné par la procédure, son discernement est la seule condition requise pour que le juge procède à son audition, le législateur ayant refusé d'instaurer une limite d'âge. La titularité du droit fondamental de l'enfant d'être entendu est donc conditionnée à sa capacité de discernement. Si, au premier abord, le discernement apparaît

¹⁰⁹ Ancien article 290 3° du Code civil. V. B. MALLEVAEY (dir.), *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁰ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. Sur ce point, v. Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 3184 réformant la protection de l'enfant, par V. PÉCRESSÉ, 5 juillet 2006, doc. n° 3256, p. 70 : « *Il était temps de mettre, sur ce point, le droit français en conformité avec l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ratifiée par la France le 7 août 1990. (...) L'article 388-1 du code civil donne la possibilité au juge, par décision spécialement motivée, d'écarter l'audition de l'enfant et éventuellement de le faire entendre par une personne qu'il désigne. De nombreux magistrats et syndicats de magistrats ont très clairement fait savoir que le plus souvent c'est la charge de travail trop lourde qui fait obstacle à l'audition de l'enfant seul, qui constitue évidemment une audition supplémentaire. Cet obstacle doit être levé.* » ; V. aussi, C. SIFFREIN-BLANC, « Procédure de divorce – Audition de l'enfant », *JCl. Divorce*, Fasc. n° 700-10, 28 avril 2022, n° 3.

comme un critère souple et pratique par la flexibilité qu'il offre au juge, son absence de définition et la difficulté de sa mise en œuvre sont susceptibles d'entraver le droit de l'enfant d'être entendu (A). Déjà préoccupants en droit interne, des effets supplémentaires s'ajoutent par ailleurs en présence d'un élément d'extranéité (B).

A. La critique de la titularité conditionnée au discernement

38. S'entendant en langage courant de la « faculté de juger sainement, d'apprécier avec netteté et justesse¹¹¹ » ou encore « d'apprécier une situation de façon objective, d'émettre un avis distancié et d'agir en conséquence de façon adaptée à cette situation¹¹² », le discernement n'a pas été défini par le législateur. Dans la mesure où la capacité de discernement seule déterminera si l'enfant pourra s'exprimer, une définition aurait été souhaitable, d'autant qu'il ne s'entend pas de la même façon qu'en matière pénale. Si le critère du discernement est retenu dans la plupart des Etats, certains l'ont accompagné d'une présomption fondée sur l'âge qui facilite sa mise en œuvre et homogénéise les pratiques¹¹³. En France néanmoins, c'est à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de le mettre en œuvre.

Si la Cour de cassation a expressément condamné le fait de « se born[er] à se référer à l'âge du mineur, sans expliquer en quoi celui-ci [n'est] pas capable de discernement¹¹⁴ », les juges du fond se contentent généralement de l'âge. A titre d'exemple, il a pu être jugé que « l'enfant, âgée de 7 ans, n'est pas douée de discernement¹¹⁵ », ou encore « qu'au regard de son âge », un mineur de huit ans et demi « ne dispose pas du discernement nécessaire pour être entendu¹¹⁶ ». Cette pratique paraît pourtant contraire à l'article 12 de la convention des Nations-Unies comme interprété par le Comité des droits de l'enfant¹¹⁷.

39. Conditionner la titularité du droit d'être entendu à la capacité de discernement appelle plusieurs critiques. Une première série de critiques a trait à la nature même du critère de discernement.

¹¹¹ Dictionnaire de l'Académie française.

¹¹² L. GEBLER, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & Psy*, vol. 36, no. 3, 2007, p. 53.

¹¹³ V. par ex. l'article 159 du Code civil espagnol qui impose l'audition des enfants âgés de plus de douze ans dans tous les cas et permet celle des enfants plus jeunes s'il s'avère qu'ils sont capables de discernement.

¹¹⁴ Civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, n° 14.11-392, Publié au bulletin. V. aussi Civ. 1^{ère}, 1 avril 2021, n° 18-26.707.

¹¹⁵ Caen, 12 mai 2022, n° 21/0154.

¹¹⁶ Nancy, 27 janvier 2017, n° 15/03129.

¹¹⁷ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 7. Le Comité « décourage » les Etats d'adopter, en droit ou en pratique, de telles limites.

En premier lieu, si le juge doit s'assurer que l'enfant est capable de discernement pour l'entendre mais ne peut, en théorie, fonder son refus sur son âge, comment est-il censé l'évaluer ? En d'autres termes, « le juge ne peut pas entendre l'enfant sans discernement, mais il ne peut pas non plus apprécier le discernement sans l'avoir entendu¹¹⁸ ». L'évaluation du discernement suppose en effet que le juge ait eu un contact avec l'enfant – qu'il l'ait donc déjà entendu.

En second lieu, les critères d'évaluation du discernement apparaissent peu adaptés pour conditionner la simple possibilité de s'exprimer. L'étude menée par le Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille a permis d'identifier cinq éléments retenus par les magistrats. Il s'agit des facultés de compréhension et de s'affranchir des opinions et influences extérieures, de la capacité d'expression, de l'aptitude de raisonnement et de la maturité ou de la capacité à se repérer dans le temps et dans l'espace¹¹⁹. Ces critères ne semblent-ils pas de nature à conditionner la prise de décision plutôt que la simple prise de parole ? L'enfant ne prenant pas la décision et le juge n'étant pas lié par son opinion, pourquoi limiter aussi sévèrement la possibilité de s'exprimer ?

A cela s'ajoutent deux considérations. D'une part, si la capacité de discernement s'entend de l'aptitude à apprécier une situation avec netteté, justesse et recul, nombre d'adultes en seraient dépourvus ; ils ne devraient pas se voir empêchés de s'exprimer pour autant. D'autre part, la parole de l'enfant doit se comprendre au sens large, incluant ce que l'enfant dit, mais aussi potentiellement ce qu'il ne dit pas. L'article 12, en effet, « exige la reconnaissance et le respect des formes non verbales de communication, y compris le jeu, le langage corporel, les mimiques, le dessin et la peinture, par lesquelles les enfants très jeunes montrent leur compréhension, leurs choix et leurs préférences¹²⁰ ». L'exigence de discernement paraît donc assez sévère pour déterminer la simple possibilité de l'exprimer.

40. Une seconde série de critiques a trait à la mise en œuvre de la condition du discernement.

D'abord, en l'absence de définition du discernement et de seuil au-delà duquel l'enfant doit nécessairement être entendu, chaque magistrat est libre de le fixer lui-même. La tenue de l'audition sera donc entièrement tributaire de la pratique de la juridiction, voire, en l'absence de convention ou de protocole informel, du magistrat. Les inégalités de traitement entre les

¹¹⁸ L. GEBLER, « Le juge aux affaires familiales et la parole de l'enfant : et si on avançait ? », *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁹ B. MALLEVAEY (dir.), *op. cit.*, pp. 47-48.

¹²⁰ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 8.

enfants qui en résultent¹²¹ sont évidentes, tout comme le risque de dérives arbitraires. Il est certes souhaitable que le juge conserve une marge d'appréciation, mais lui laisser une latitude telle qu'il peut écarter l'audition sur ce fondement alors qu'un autre magistrat l'en aurait estimé capable révèle l'hétérogénéité excessive des pratiques, source d'une insécurité juridique.

Ensuite, l'instrumentalisation du discernement de l'enfant a été dénoncée par certains auteurs. Ce phénomène consisterait à attacher des effets différents à la capacité de discernement de l'enfant selon le but recherché. En d'autres termes, « au lieu de rechercher d'abord si l'enfant, eu égard à son âge et à sa maturité, est doté de discernement, et d'en déduire une prise en considération plus ou moins importante de sa volonté », « les souhaits et opinions contraires aux attentes de la société seront impitoyablement refoulés au prétexte de l'absence de discernement de l'enfant, en arguant que cette absence de discernement est précisément révélée par l'incongruité de ces demandes¹²² ». A titre d'exemple, l'analogie avec la matière pénale met en évidence le paradoxe suivant¹²³ : un mineur de dix ans peut être tenu pleinement responsable d'une agression sexuelle, car son discernement sera considéré comme suffisant, mais peut être considéré non discernant dans la procédure qui déterminera avec lequel de ses parents il résidera¹²⁴. Sans aller plus loin, il en ressort que l'appréciation du discernement s'effectue en effet à géométrie variable.

Enfin, plus marginalement, la capacité de discernement étant le seul « filtre », il se peut que son interprétation stricte serve en réalité de prétexte lié à d'autres préoccupations, telles que l'engorgement des tribunaux¹²⁵.

41. Ont ainsi été mis en évidence les inconvénients afférents à la condition du discernement. Critère souple et propice à une approche casuistique, son absence de définition contient néanmoins « les germes d'une interprétation aléatoire¹²⁶ ». Finalement, ces difficultés font du discernement « l'un des premiers obstacles à l'expression de certains enfants en justice¹²⁷ » et l'efficacité du

¹²¹ V. B. MALLEVAEY (dir.), *op. cit.*, p. 57. V. aussi L. GEBLER, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *op. cit.*, p. 53.

¹²² F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *Recherches familiales*, vol. 9, no. 1, 2012, pp. 163-164.

¹²³ L. GEBLER, « Le juge aux affaires familiales et la parole de l'enfant : et si on avançait ? », *op. cit.*, p. 16.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 16. V. aussi F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 164 : l'absence de discernement bloque le mécanisme de réparation du dommage voulu par la société, tandis que l'expression de la volonté de l'enfant peut aller à l'encontre de ce que la société estime bon pour lui.

¹²⁵ B. MALLEVAEY (dir.), *op. cit.*, p. 50. V. aussi le rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 3184 réformant la protection de l'enfant (*supra*, note 66).

¹²⁶ B. MALLEVAEY (dir.), *op. cit.*, p. 42.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 56.

droit fondamental de l'enfant d'être entendu s'en voit altérée. La présence d'un élément d'extranéité accentue davantage ce phénomène.

B. Les incidences en droit international privé

42. Dans le cadre du règlement Bruxelles II *ter*, la possibilité de l'enfant de s'exprimer est conditionnée à sa capacité de discernement, entendu différemment dans les Etats membres. L'hétérogénéité des pratiques se retrouve ainsi à l'échelle européenne.

Au niveau européen, la différence de traitement, conséquence inévitable des divergences entre les pratiques et droits nationaux des Etats membres, est moins critiquable. En revanche, la question de l'appréhension du discernement réapparaît à un stade ultérieur, en ce que le respect du droit de l'enfant d'exprimer son opinion conditionne la circulation transfrontière de la décision¹²⁸. Le certificat attaché à la décision¹²⁹ ne peut être délivré si l'enfant capable de discernement n'a pas été entendu¹³⁰ et requiert une justification le cas échéant. Au nom de la confiance mutuelle, un juge pourrait donc être forcé de reconnaître une décision rendue à l'issue d'une procédure dans laquelle l'enfant n'a pas été entendu, car considéré comme incapable de discernement par le juge de l'Etat d'origine qui coche simplement la case correspondante sur le certificat, alors que, saisi de l'affaire, ce juge aurait procédé à l'audition. Consciente de ce risque, la Commission invitait déjà, avant la refonte, les juges nationaux à décrire dans la décision « les mesures prises pour déterminer l'âge et la maturité de l'enfant et des raisons pour lesquelles ils n'ont pas donné à l'enfant la possibilité d'être entendu¹³¹ ».

43. Pour autant, une harmonisation plus poussée est-elle envisageable ? Faudrait-il se calquer sur le modèle le plus exigeant au motif que ce modèle est plus respectueux du droit d'être entendu, nonobstant le sévère manque de formation de certains juges nationaux ? Ou, au contraire, sur un modèle laxiste au motif qu'il n'est pas envisageable d'imposer aux Etats un régime plus contraignant, possiblement au mépris de l'efficacité du droit de l'enfant d'être entendu ?

L'absence de consensus pourrait toutefois être surmontée par la fixation d'une présomption selon laquelle l'enfant est présumé discernant au-delà d'un certain âge. Cela

¹²⁸ V. *infra*, Chapitre 2, Section 1, § 1.

¹²⁹ Annexes III et IV du règlement Bruxelles II *ter*.

¹³⁰ Article 47.3 b) pour les décisions privilégiées.

¹³¹ Commission européenne, *Guide pratique pour l'application du règlement Bruxelles II bis*, 2014, p. 44.

assureraient une certaine homogénéité tout en respectant les pratiques nationales des Etats les plus exigeants. Une partie de la doctrine française y appelle déjà en droit interne. Il s'agirait de combiner le critère subjectif du discernement avec le critère objectif de l'âge, pour prendre en considération « l'évolution de chaque enfant et les particularités de chaque situation » tout en permettant de « limiter l'arbitraire judiciaire et harmoniser les pratiques des magistrats¹³² ». Pourquoi ne pas envisager une telle présomption au niveau européen, qui facilitera la circulation des décisions dans l'Union européenne¹³³ ? L'enjeu tiendrait à la détermination de l'âge¹³⁴, mais le consensus ne paraît pas inatteignable : il serait en effet toujours possible de procéder à l'audition d'enfants dont l'âge est inférieur au seuil fixé, celui-ci n'ayant pour effet que d'obliger le juge à faire droit à la demande d'audition d'un mineur dont l'âge l'excède. L'efficacité du droit de l'enfant d'exprimer son opinion s'en trouverait renforcée.

44. Les inconvénients du critère du discernement et son inaptitude à garantir le respect du droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures qui le concernent ont été démontrés, ainsi que leur incidence en droit international privé. La possibilité de pallier une partie de ces inconvénients par l'instauration d'une présomption de discernement au niveau européen a été envisagée. Les limites à l'exercice du droit de l'enfant d'être entendu vont être à présent envisagées.

§ 2. Les limites à l'exercice du droit de l'enfant d'être entendu

45. A l'instar des autres droits fondamentaux, le droit de l'enfant d'être entendu peut être limité. Il est en effet des cas où l'audition de l'enfant a été jugée inopportune. Si certains s'expliquent aisément et doivent être approuvés (A), la limite tenant à la circonstance que les parents soient parvenus à un accord est plus discutable (B).

A. Les limites souhaitables

46. L'article 39.2 du règlement Bruxelles II *ter* assortit de deux exceptions le motif de refus de reconnaissance et d'exécution autonome des décisions fondé sur l'absence de possibilité donnée à l'enfant discernant d'être entendu. La première a trait au cas où la procédure ne portait que

¹³² B. MALLEVAEY (dir.), *op. cit.*, pp. 57-58.

¹³³ V. *infra*, Chapitre 2, Section 2, § 1.

¹³⁴ Les auteurs de l'étude dirigée par B. MALLEVEY recommandent de modifier l'article 388-1 du Code civil pour fixer cet âge à dix ans.

sur ses biens (1). La seconde, déjà présente dans le règlement Bruxelles II *bis*, concerne l'existence de motifs sérieux, dont l'urgence de l'affaire (2).

1. La procédure ne portant que sur les biens de l'enfant

47. Aux termes de la lettre a), la reconnaissance d'une décision en matière de responsabilité parentale ne peut être refusée si l'enfant n'a pas eu la possibilité d'exprimer son opinion alors que « *la procédure ne portait que sur les biens de l'enfant et pour autant qu'il n'était pas requis de donner cette possibilité compte tenu de l'objet de la procédure* ».

Seule une procédure portant sur les « biens de l'enfant » est visée. Faut-il en déduire que les autres questions aux enjeux pécuniaires ne portant pas sur les biens de l'enfant ne tombent pas sous le coup de l'exception ? Le considérant 57, relatif aux dérogations, n'apporte aucune précision à cet égard. Il serait souhaitable d'y inclure plus largement toutes les questions exclusivement pécuniaires. Il s'agit en effet de s'assurer que « l'enfant demeure protégé des conflits des adultes, à tout le moins sur les modalités matérielles de la séparation ». A cette fin, il convient qu'il « 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 son éducation¹³⁵ ». L'étude précitée souligne à cet égard les risques afférents au recueil de la parole de l'enfant : la cristallisation du conflit, la crainte de manipulation de l'enfant par un parent, l'irruption d'un débat sur les ressources pécuniaires des parties¹³⁶. L'enfant se trouvant déjà au milieu de la séparation, l'entendre sur une question purement pécuniaire n'apparaîtrait pas conforme à son intérêt supérieur.

On peut aussi soutenir qu'une procédure purement pécuniaire ne concerne pas l'enfant. Les Etats ne sont en effet tenus de lui assurer la possibilité d'être entendu que « *dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant*¹³⁷ ». Une incertitude persiste sur le point de savoir si les questions pécuniaires entre les parents ayant un effet possible sur l'enfant le concernent¹³⁸. Si le Comité des droits de l'enfant mentionne à cet égard la décision relative à la pension alimentaire¹³⁹, cette lecture n'apparaît pas opportune. La décision fixant le montant de

¹³⁵ Dossier « Parole de l'enfant » : Interview de Marie DERAINE, Défenseure des enfants auprès du Défenseur des Droits, *AJ fam.* 2014, p. 31.

¹³⁶ B. MALLEVAEY (dir.), *op. cit.*, p. 38.

¹³⁷ Article 12 al. 1 et 2. de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant.

¹³⁸ C. WATINE-DROUIN, C. SIFFREIN-BLANC, C.-M. PEGLIN-ZIKA, « Minorité – Audition du mineur en justice », *JCl. Civil Code*, Fasc. unique, 1^{er} décembre 2022, n° 30.

¹³⁹ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 13.

la contribution des parents à l'entretien de l'enfant a certes des effets sur ce dernier, mais ils sont bien moindres que ceux de la décision fixant sa résidence.

La tendance majoritaire de la jurisprudence française appuie cette analyse¹⁴⁰. Ainsi, « si les dispositions de l'article 388-1 du Code civil prévo[ient] l'audition de l'enfant dans toute procédure le concernant, il ne saurait en être ainsi dans une procédure tendant uniquement à fixer la contribution à son entretien et à son éducation qui ne constitue pas une procédure « le concernant » au sens de ces dispositions¹⁴¹ ».

48. Le champ d'application de l'article 39.2 a) pourrait donc être étendu aux questions purement pécuniaires. Par ailleurs, cela assurerait une meilleure circulation des décisions en encadrant davantage le pouvoir d'appréciation du juge requis. L'enjeu de la participation de l'enfant étant largement affaibli dans une procédure pécuniaire, les Etats membres les plus stricts pourraient ne pas y voir de violation manifeste. La Cour de justice de l'Union européenne pourrait ainsi, dans le cadre de l'interprétation autonome des motifs de refus de reconnaissance des règlements européens, préciser la teneur de la dérogation.

2. L'existence de motifs sérieux

49. Aux termes de la lettre b), la reconnaissance d'une décision en matière de responsabilité parentale ne peut être refusée si elle a été rendue sans que l'enfant n'ait eu la possibilité d'exprimer son opinion, mais qu'il « *existait des motifs sérieux d'agir ainsi compte tenu notamment de l'urgence de l'affaire.* » La refonte semble avoir élargi cette exception : alors que, sous l'empire du règlement Bruxelles II *bis*, l'urgence était la seule justification¹⁴², elle figure désormais parmi des « motifs sérieux ». Il ressort du préambule du règlement Bruxelles II *ter* que ces « motifs sérieux » s'entendent par exemple d'un « *danger imminent pour l'intégrité physique ou psychique ou la vie de l'enfant, que tout retard supplémentaire risquerait de concrétiser*¹⁴³. » Dans le cas où un parent est violent, l'intérêt de cette exception est évident.

¹⁴⁰ C. WATINE-DROUIN, C. SIFFREIN-BLANC, C.-M. PEGLIN-ZIKA, *op. cit.*

¹⁴¹ Toulouse, 11 janvier 2011, JCP G 2011, 201, n° 8. V. aussi Paris, 2 février 2016 – n° 14/04151 : dès lors que « les questions débattues en appel sont de nature financière et organisationnelle, la cour n'estime pas nécessaire l'audition de [...], une telle audition ne pouvant au surplus qu'impliquer encore davantage cette enfant dans le présent litige, alors qu'il est important que celle-ci puisse rester à l'écart du conflit qui oppose son père et sa mère. »

¹⁴² Article 23 b).

¹⁴³ Considérant 57.

Il est intéressant de noter que par contraste, le droit au sens de l'article 12 « n'est pas suspendu dans les situations de crise » : dans la mesure où « l'apport des enfants [touchés par une situation d'urgence] peut être considérable », ils « devraient être encouragés à participer à l'analyse de leur situation et de leurs perspectives d'avenir¹⁴⁴ ». Il semble toutefois que les situations d'urgence auxquelles fait allusion le Comité concernent davantage la reconstruction après un conflit et les enfants des camps de réfugiés que le contentieux familial classique.

50. L'exception tenant aux motifs sérieux, dont l'urgence, amène à s'interroger sur la place de l'enlèvement international d'enfants. Dans le cadre du règlement Bruxelles II *bis* et de la refonte, l'enfant doit être entendu dans la procédure de retour¹⁴⁵. Or, ne peut-on pas soutenir qu'une situation d'enlèvement requière de procéder avec urgence ? Tant le règlement Bruxelles II *ter* que la convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants sont fondés sur le principe du retour immédiat¹⁴⁶, présumé conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant enlevé. Dès lors, n'y a-t-il pas « urgence » ?

Deux considérations étayaient cette lecture. En premier lieu, la convention de La Haye de 1980 requiert de « *procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant*¹⁴⁷ ». En second lieu, la Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'interrogée dans le cadre d'une procédure de retour, soumet systématiquement le renvoi préjudiciel à la procédure d'urgence. Cette solution constante¹⁴⁸ est fondée sur le risque d'altération des relations entre l'enfant et le parent victime de l'enlèvement. Dans l'affaire *Aguirre Zarraga*, la Cour souligne que l'enfant étant « séparée de son père depuis plus de deux ans » et « en raison de la distance et des relations tendues entre les parties au principal, il existe un risque sérieux et concret d'absence totale de contact entre [l'enfant] et son père pendant la durée de la procédure pendante devant la juridiction de renvoi. » Dans ces conditions, la procédure de renvoi préjudiciel ordinaire « serait susceptible de nuire sérieusement, voire de façon irréparable, aux relations entre [le père] et sa fille ainsi que de compromettre davantage l'intégration de celle-ci dans son environnement familial et social dans le cas d'un éventuel retour¹⁴⁹. » Dans une affaire récente, c'est encore le fait que « les enfants mineurs sont séparés de leur père depuis plus d'un an et que la prolongation de

¹⁴⁴ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁵ Article 11.2 du règlement Bruxelles II *bis* ; article 26 du règlement Bruxelles II *ter*.

¹⁴⁶ Considérant 17 et article 11 du règlement Bruxelles II *bis* ; article 29.6 du règlement Bruxelles II *ter* ; préambule et article 12 de la convention de La Haye de 1980.

¹⁴⁷ Article 11.

¹⁴⁸ CJUE, 1^{er} juillet 2008, *Rinau*, C-195/08 ; CJUE, 23 décembre 2009, *Detiček*, C-403/09 ; CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Povse* ; CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, préc. ; CJUE, 16 février 2023, *T.C.*, C-638/22.

¹⁴⁹ Point 40.

cette situation pourrait nuire sérieusement à la relation future de ces enfants avec leur père¹⁵⁰ » qui justifie le recours à la procédure d'urgence. La Cour de justice a donc conscience que la longueur d'une procédure peut nuire définitivement aux relations entre l'enfant et le parent victime de l'enlèvement, alors même que ce dernier pourrait se voir attribuer la garde. Elle considère ainsi l'urgence comme une « situation dans laquelle l'intérêt de l'enfant pourrait être compromis par l'écoulement du temps.¹⁵¹ »

Il ne s'agirait pas d'écarter systématiquement l'audition en cas d'enlèvement international. Mais dès lors que le cadre normatif érige l'urgence en dérogation au droit de l'enfant d'être entendu, il est légitime de se demander si les procédures de retour consécutives ne pourraient pas entrer dans son champ d'application¹⁵². Le fait illicite du parent et la nécessité de rétablissement rapide du *statu quo* font en effet de la procédure de retour un moment peu propice à l'audition, eu égard aux conséquences possibles sur les relations de l'enfant avec le parent victime.

51. En toute hypothèse, la reconnaissance de la décision ordonnant le retour de l'enfant ne pourra pas être refusée sur le fondement de l'article 39.2. Elle relève en effet des décisions privilégiées¹⁵³ auxquelles le règlement attache un régime particulier de reconnaissance et d'exécution : il est impossible de s'opposer à sa reconnaissance, sauf incompatibilité avec une décision ultérieure rendue dans l'Etat requis¹⁵⁴. Néanmoins, il est toujours loisible à une partie de demander la reconnaissance d'une décision privilégiée en application du régime de la section contenant les dispositions générales – dont l'article 39 : la question pourrait donc se poser.

Dans un tel cas, certains Etats manifesteraient sans doute une réticence à reconnaître une décision mobilisant l'exception de l'urgence en matière d'enlèvement international. Dans l'affaire *Aguirre Zarraga*, la juridiction de renvoi a précisé ne pas demander l'application de la procédure d'urgence au motif que l'examen de ses deux questions devait se faire dans le cadre d'une procédure préjudicielle approfondie¹⁵⁵. N'est-ce pas accorder une importance excessive à la tenue de l'audition de l'enfant face au risque d'altération définitive des relations avec le parent victime de l'enlèvement qu'implique une procédure excessivement longue ?

¹⁵⁰ CJUE, 16 février 2023, préc., point 42.

¹⁵¹ N. BAREÏT, « La Cour de justice de l'Union européenne artisan de la lutte contre les enlèvements d'enfants », *RTD eur.* 2011. 537, n° 8.

¹⁵² Cette remarque trouve écho dans notre proposition, qui sera présentée ultérieurement, de réécriture de l'article 13 al. 2 de la convention de La Haye de 1980 (v. *infra*, Partie II, Chapitre 2, Section 2, § 2).

¹⁵³ Article 42.1 b).

¹⁵⁴ Articles 43 et 50.

¹⁵⁵ Conclusions de l'avocat général BOT présentées le 7 décembre 2010, p. 7.

B. Les limites critiquables

52. La circonstance que les parents soient parvenus à un accord est susceptible de limiter le droit de l'enfant d'être entendu, ce qui appelle quelques remarques (1). Plus spécifiquement, il conviendra de s'attarder sur le cas du divorce extrajudiciaire français : l'absence de garantie de respect du droit pourrait risquer, dans le cadre du règlement Bruxelles II *ter*, de constituer un obstacle à la circulation de l'accord que le règlement s'attache pourtant à faciliter (2).

1. L'accord des parents

53. Absent de toutes les dispositions pertinentes, l'accord des parents est pourtant susceptible d'influer sur l'exercice du droit de l'enfant d'être entendu. Notons que l'accord dont il est question s'entend au sens large, que la procédure soit judiciaire ou non. Cela s'explique par le fait que l'article 21 du règlement Bruxelles II *ter* limite le droit qu'il consacre aux procédures devant les « *juridictions* ». Ainsi, sans procédure judiciaire, aucune garantie n'existe. A cet égard, le préambule indique que « *l'audition de l'enfant ne devrait pas constituer une obligation absolue mais devrait être évaluée compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant, par exemple, dans les affaires où il y a accord entre les parties*¹⁵⁶. » Faut-il en déduire qu'il n'est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être entendu que dans les cas où ses parents ne parviennent pas à s'accorder ?

Une telle lecture ne saurait prévaloir. En effet, dès lors qu'il ne revient jamais à l'enfant de trancher, comment justifier sa potentielle privation du droit d'être entendu par le seul motif que ses parents s'accordent ? L'enfant n'étant pas entendu pour indiquer l'issue du litige, ce dont il est par ailleurs informé, quel est le rapport avec la circonstance que les parents parviennent à s'entendre ? Cette privation ne serait justifiée que s'il revenait à l'enfant de trancher leur différend, ce qui n'est pas le cas. L'enfant pourrait tout à fait avoir un avis concernant l'accord de ses parents qu'il souhaite faire connaître au juge.

En outre, il est admis que l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant requiert de l'avoir écouté¹⁵⁷. Le contenu de l'accord devant y être conforme, comment s'en assurer sans avoir entendu l'enfant ? Il semble plutôt que, derrière la justification de l'intérêt supérieur de l'enfant, se cachent en réalité des considérations d'économie procédurale : puisqu'en toute

¹⁵⁶ Considérant 39.

¹⁵⁷ V. infra, Partie II, Chapitre 1, Section 2.

hypothèse, il est peu probable que l'avis de l'enfant ne conduise à modifier le contenu de l'accord, il n'est pas utile de l'entendre. C'est méconnaître le principe même de la participation de l'enfant aux procédures le concernant, voire nier « [son] individualité et son expression propre¹⁵⁸ ». N'est-ce pas également faire, indirectement, primer la volonté des parents contractualisée dans l'accord sur le droit de l'enfant d'être entendu, dont on craint que l'exercice vienne la remettre en cause ?

En pratique pourtant, il n'est pas rare que l'audition soit écartée en cas d'accord – même lorsque la procédure est judiciaire. Le rapport de l'étude précitée mentionne la convention de Niort, qui exclut l'audition « 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 demandes¹⁵⁹ ». A très juste titre, les auteurs du rapport dénoncent tant la non-conformité d'une telle pratique à la loi, par l'ajout d'une condition qui procède d'une « interprétation restrictive, et partant contestable » du droit de l'enfant d'être entendu, que le manque de considération sur le plan humain en ne prenant pas la peine d'écouter l'enfant qui vivra pourtant avec la décision¹⁶⁰. L'exclusion systématique de l'audition au seul motif que les parents sont parvenus à un accord n'est pas justifiable. Elle l'est encore moins par l'intérêt supérieur de l'enfant. A cet égard, le divorce extrajudiciaire français et les enjeux de droit international privé qui y sont attachés méritent d'être développés.

2. Le divorce extrajudiciaire français en droit international privé

54. Intégré en droit français par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du vingt et unième siècle, le divorce par acte sous seing privé extrajudiciaire est régi par les articles 229-1 à 229-4 du Code civil. La possibilité d'y recourir en présence d'enfants mineurs, commandée par la volonté de déjudiciarisation à l'initiative de la réforme¹⁶¹, a suscité l'indignation d'une partie de la doctrine, notamment en raison du sort réservé à leur audition. En effet, le divorce extrajudiciaire n'est plus possible si le mineur, « *informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge [...], demande son audition par le juge*¹⁶². » En outre, si la convention de divorce doit en principe comporter la mention de cette information¹⁶³, elle peut consigner le cas

¹⁵⁸ B. MALLEVAEY (dir.), *op. cit.*, p. 39.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 36.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ C. BRENNER, J. COMBRET, « Divorce par consentement mutuel déjudiciarisé – Aspects pratiques », *JCL. Notarial Formulaire*, V° Divorce, Fasc. 12, 25 avril 2018 (date de la dernière mise à jour : 7 mars 2023), n° 48.

¹⁶² Article 229-1 1°.

¹⁶³ Article 229-3.

échéant que « l'information [...] n'a pas été donnée en l'absence de discernement de l'enfant mineur concerné¹⁶⁴. »

La possibilité pour l'enfant d'être entendu suppose dès lors non seulement que ses parents l'aient informé de son droit – s'ils l'estiment capable de discernement –, mais encore qu'il demande à l'être, en ayant conscience de ce qu'il contrarie ainsi la volonté commune de ses parents. Or, soucieux de divorcer par voie extrajudiciaire, les parents pourraient informer l'enfant de son droit d'être entendu de telle sorte qu'il ne sera pas en mesure de l'exercer efficacement. Au contraire, un parent souhaitant finalement divorcer par voie judiciaire pourrait « instrumentaliser » ce droit de l'enfant pour revenir devant le juge¹⁶⁵. L'enfant initialement désireux de s'exprimer pourrait encore finir par y renoncer pour ne pas contrarier ses parents. La lettre du formulaire d'information de l'enfant mineur¹⁶⁶ est à cet égard malheureuse, voire culpabilisante pour l'enfant¹⁶⁷, placé par ce régime dans un « conflit de loyauté particulièrement difficile et au vrai, particulièrement discutable¹⁶⁸ ». Cette négation de son droit d'être entendu avait pourtant fait l'objet d'une plainte déposée auprès de la Commission européenne par plusieurs universitaires et praticiens peu convaincus de la conformité de ce dispositif aux exigences européennes¹⁶⁹. Le régime du divorce extrajudiciaire français n'assure donc pas l'efficacité du droit de l'enfant d'être entendu.

55. Sur le plan du droit international privé, l'insuffisance de ce régime dans la protection des droits de l'enfant pourrait affecter la circulation transfrontière de l'accord. Un apport majeur du règlement Bruxelles II *ter* consiste en l'inclusion des accords et actes authentiques¹⁷⁰, dont relève le divorce déjudiciarisé de droit français. Le régime vise à faciliter sa circulation transfrontière : ces accords sont reconnus dans les autres Etats membres « sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure »¹⁷¹ et reconnus et exécutés « sans qu'une

¹⁶⁴ Article 1144-2 du Code de procédure civile.

¹⁶⁵ C. BRENNER, J. COMBRET, *op. cit.*, n° 49.

¹⁶⁶ V. 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.

¹⁶⁷ E. MULON, « La parole de l'enfant sous le prisme du règlement Bruxelles II *ter* », *Dr. fam.* 2022, dossier 20, n° 11, point 21. La dernière phrase du formulaire est rédigée ainsi : « j'ai compris que, à la suite de ma demande, un juge sera saisi de la procédure de divorce ou de séparation de mes parents ».

¹⁶⁸ F. CHENEDE (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action 2023-2024, 9^e éd., 2022, n° 235.84.

¹⁶⁹ C. NOURISSAT, A. BOICHE, D. ESKENAZI, A. MEIER-BOURDEAU et G. THUAN DIT DIEUDONNE, « Divorce par consentement mutuel : plainte contre la France ! » : *AJ fam.* 2017, p. 266.

¹⁷⁰ En matière de divorce, de séparation de corps et de responsabilité parentale. L'accord est défini à l'article 2.2 3) du règlement Bruxelles II *ter*.

¹⁷¹ Article 65.1 pour les accords en matière de divorce.

*déclaration constatant leur force exécutoire ne soit nécessaire*¹⁷² ». La délivrance du certificat attaché à la décision par l'autorité compétente ne requiert pas que l'enfant ait eu la possibilité d'être entendu. Toutefois, la reconnaissance d'un accord en matière de responsabilité parentale « *peut être refusée* » s'il a été « *enregistré sans que l'enfant qui est capable de discernement n'ait eu la possibilité d'exprimer son opinion*¹⁷³. » Si la refonte vise à faciliter la circulation transfrontière du divorce déjudiciarisé, les lacunes de son régime dans la protection des droits de l'enfant pourraient donc constituer un obstacle à sa circulation dans l'Union européenne.

Une ambiguïté du règlement Bruxelles II *ter* doit être relevée à cet égard. D'un côté, l'article 21 ne concerne que les procédures devant les juridictions ; le préambule précise que « *l'obligation de donner à l'enfant la possibilité d'exprimer son opinion prévue par le présent règlement ne devrait pas s'appliquer aux actes authentiques et aux accords*¹⁷⁴ », et la délivrance du certificat attaché à l'accord en matière de responsabilité parentale ne requiert pas que l'enfant ait eu la possibilité d'être entendu¹⁷⁵. De l'autre, le préambule ajoute que même si l'article 21 ne concerne que les juridictions, « *le droit de l'enfant d'exprimer son opinion reste d'application en vertu de l'article 24 de la Charte et à la lumière de l'article 12 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant telles qu'elles sont mises en œuvre par les législations et procédures nationales* ». La consécration du droit de l'enfant d'être entendu dans le droit de l'Union européenne ne concerne-t-elle donc que les procédures judiciaires ? La conformité à l'article 12, qui ne saurait être interprété restrictivement¹⁷⁶, serait douteuse le cas échéant. Enfin, le préambule ajoute que « *le fait que l'enfant n'ait pas eu la possibilité d'exprimer son opinion ne devrait pas automatiquement constituer un motif de refus de reconnaissance et d'exécution des actes authentiques et des accords en matière de responsabilité parentale.* » Cette volonté d'éviter le refus systématique ressort également du caractère facultatif de l'application du motif de refus. Pour autant, dès lors que la faculté de refuser la reconnaissance d'un tel accord enregistré en méconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu est ouverte à un juge attentif au respect de ses droits, il est probable qu'il en fasse usage, altérant ainsi l'efficacité transfrontière de l'accord que la refonte voulait favoriser. Aussi cette circonstance amorcera-t-elle peut-être une réflexion sur l'opportunité d'une meilleure garantie du droit de l'enfant à exprimer son opinion dans le cas d'un divorce déjudiciarisé.

¹⁷² Article 65.2 pour les accords en matière de responsabilité parentale.

¹⁷³ Article 68.3.

¹⁷⁴ Considérant 71.

¹⁷⁵ Article 66.

¹⁷⁶ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, pp. 9-10.

56. **Conclusion du chapitre.** Il a ainsi été démontré que si le droit de l'enfant d'être entendu est incontestablement un droit fondamental, il peut se voir limité dans certaines circonstances. Par ailleurs, parce que les modalités de sa mise en œuvre sont susceptibles d'en altérer l'efficacité, la pratique ne reflète pas réellement le statut de la parole de l'enfant tel qu'il a été consacré dans les textes. A présent, l'étude de la place du droit d'être entendu dans l'instance indirecte permettra d'identifier ses implications procédurales.

Chapitre 2. Les implications procédurales du droit de l'enfant d'être entendu

57. A titre liminaire, il faut préciser que seul le cadre normatif de l'Union européenne sera examiné ici. Le développement d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel la libre circulation des personnes et l'accès à la justice sont assurés » requiert la facilitation de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière familiale ayant une incidence transfrontière¹⁷⁷. L'amélioration de la reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile appelle dès lors une harmonisation du régime de l'instance indirecte. Or, l'importance croissante du droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures le concernant a pu altérer l'objectif de reconnaissance mutuelle. En effet, l'attachement varié des Etats membres à ce droit les a conduits à réagir différemment face aux décisions étrangères. Le législateur européen a voulu cibler l'absence de dénominateur commun entre les Etats membres, qui entrave la circulation des décisions. Ainsi, le non-respect du droit de l'enfant d'être entendu a été introduit dans le régime européen de l'instance indirecte (**section 1**). La consécration d'un motif de refus autonome par la refonte du règlement Bruxelles II *bis*, corrélative à l'introduction de l'article 21, retiendra particulièrement notre attention (**section 2**).

¹⁷⁷ Considérant 3 du règlement Bruxelles II *ter*.

Section 1. L’appréhension du droit de l’enfant d’être entendu dans l’instance indirecte

58. Le non-respect du droit de l’enfant d’être entendu, dans le règlement Bruxelles II *bis* puis dans la refonte, a été érigé en motif de refus de reconnaissance et d’exécution des décisions en matière de responsabilité parentale. Sans harmonisation des modalités du droit, ce motif de refus est plus ou moins mobilisé selon l’attachement qu’y porte le juge requis, altérant ainsi la circulation des décisions. Dans ce contexte, procéder à l’audition de l’enfant permet d’accroître la probabilité que la décision soit reconnue à l’étranger (§1). La circulation des décisions pourrait, par ailleurs, être favorisée par une répartition plus souple des compétences entre les Etats membres en matière d’audition (§2).

§ 1. L’obstacle à la circulation des décisions résultant de la violation du droit d’être entendu

59. Avant tout, il incombe de rappeler la distinction structurant cette réflexion entre la possibilité pour l’enfant d’exprimer son opinion et l’effet de celle-ci sur la décision, rappelée par ailleurs par le Conseil dans la proposition de refonte¹⁷⁸. Contrôler la mesure dans laquelle l’opinion a pesé sur la décision du juge d’origine revient à effectuer une révision au fond. Consistant dans l’examen de « la valeur [du] dispositif [du jugement étranger] sous le double rapport de l’appréciation des faits et de l’application des règles de droit¹⁷⁹ », elle a été prohibée au début du vingtième siècle pour les jugements relatifs à l’état et à la capacité des personnes¹⁸⁰, puis pour toute décision par la Cour de cassation en 1964 dans l’arrêt *Munzer*¹⁸¹. Sa prohibition est réitérée dans le règlement Bruxelles II *bis* et sa refonte¹⁸².

Dans ce contexte, le seul élément que peut contrôler le juge requis tient à la possibilité donnée ou non à l’enfant de s’exprimer, sans pouvoir examiner la prise en compte de cette opinion dans la prise de décision, ce qui reviendrait à remettre en question la motivation du

¹⁷⁸ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu’à l’enlèvement international d’enfants (refonte), p. 16.

¹⁷⁹ A. HUET, « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale – Objet du contrôle : les conditions de la régularité internationale », *JCl. Droit international*, Fasc. 584-40 (date du fascicule et de la dernière mise à jour : 27 mai 2020), n° 2.

¹⁸⁰ Civ., 9 mai 1900, *De Wrède*.

¹⁸¹ Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1964.

¹⁸² Article 26 du règlement Bruxelles II *bis* ; article 71 du règlement Bruxelles II *ter*.

jugement dont la reconnaissance est demandée. A cet égard, la méconnaissance du droit de l'enfant d'exprimer son opinion dans la procédure de l'Etat d'origine peut être de nature à porter suffisamment atteinte aux règles fondamentales de procédure de l'Etat membre requis¹⁸³ pour justifier un refus de reconnaissance.

60. Il ressort de l'étude du régime de l'instance indirecte du règlement Bruxelles II *bis* et plus particulièrement de la refonte que le fait de permettre à l'enfant de s'exprimer constitue une garantie supplémentaire que la décision circulera (A). A plus long terme, le droit de l'enfant d'être entendu pourrait, en application du régime actuel, voir son efficacité renforcée (B).

A. Le régime de l'instance indirecte

61. Au stade de l'instance indirecte, la refonte élargit la place du droit de l'enfant d'être entendu, conséquence prévisible de sa consécration à l'article 21. Dans les deux règlements, son respect a des incidences à deux égards : dans l'instance directe, au moment de la délivrance du certificat attaché à la décision pour garantir sa circulation et dans l'instance indirecte, en tant que motif de refus de reconnaissance et d'exécution de la décision.
62. Devant la juridiction de l'Etat membre d'origine, sous l'empire du règlement Bruxelles II *bis*, la délivrance du certificat ne concernait que « certaines décisions relatives au droit de visite et de certaines décisions ordonnant le retour de l'enfant¹⁸⁴ ». Le juge qui rend ces décisions ne délivre le certificat que si, notamment, « *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*¹⁸⁵. » Pour les autres décisions en matière de responsabilité parentale, une déclaration de force exécutoire devait être sollicitée dans l'Etat membre requis et le certificat attaché à la décision dont la reconnaissance est recherchée ne contenait aucune indication relative à l'audition de l'enfant¹⁸⁶. Les auteurs de la refonte s'y sont intéressés davantage. En effet, alors même que toute décision rendue dans un Etat membre en matière de responsabilité parentale est désormais exécutoire dans les autres Etats membres « *sans qu'une déclaration constatant [sa] force exécutoire soit nécessaire*¹⁸⁷ », le certificat doit indiquer si l'enfant était capable de

¹⁸³ Expression utilisée dans l'article 23 b) du règlement Bruxelles II *bis*.

¹⁸⁴ Titre de la Section 4 du Chapitre III – Reconnaissance et exécution.

¹⁸⁵ Article 41.2 c) et article 42.2 a).

¹⁸⁶ Annexe II du règlement Bruxelles II *bis*.

¹⁸⁷ Article 34 du règlement Bruxelles II *ter*.

discernement, s'il a eu la possibilité d'être entendu et justifier une réponse négative¹⁸⁸. La délivrance du certificat attaché aux décisions privilégiées¹⁸⁹, en revanche, reste subordonnée à la circonstance que l'enfant ait eu la possibilité d'exprimer son opinion conformément à l'article 21¹⁹⁰.

63. Si la méconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu figurait parmi les motifs de reconnaissance des décisions en matière de responsabilité parentale du règlement Bruxelles II *bis*, sa mise en œuvre supposait que le non-respect constitue une « *violation des règles fondamentales de procédure de l'Etat membre requis*¹⁹¹ ». Contrairement à la condition de délivrance du certificat attaché aux décisions privilégiées, le non-respect est ici apprécié par rapport aux standards nationaux de protection des droits fondamentaux¹⁹². La refonte consacre ce motif de refus dans un alinéa distinct. Il n'est que facultatif : la reconnaissance *peut* être refusée si la décision a été rendue « *sans que l'enfant qui est capable de discernement n'ait eu la possibilité d'exprimer son opinion conformément à l'article 21 [...]*¹⁹³. » Cependant, le degré requis pour justifier le jeu du motif de refus semble amoindri puisque l'exigence de violation des règles fondamentales de procédure de l'Etat requis a disparu. La marge de manœuvre des Etats membres a ainsi été élargie par la refonte : en abaissant l'intensité de la violation requise pour justifier le refus de reconnaissance ou d'exécution, le législateur européen a renforcé l'obstacle à la circulation des décisions dans le but d'assurer une meilleure protection du droit.

Donner à l'enfant capable de discernement une possibilité réelle et effective de s'exprimer est ainsi un prérequis à la circulation transfrontière de la décision. Ne pas le faire empêchera la délivrance par la juridiction d'origine du certificat attaché aux décisions privilégiées et l'obligera, pour les autres décisions, à justifier la raison pour laquelle l'enfant n'a pas été entendu, exposant ainsi la décision au motif de refus d'exécution de l'article 39.2¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Annexe III du règlement Bruxelles II *ter*.

¹⁸⁹ Il s'agit de deux types de décisions : les décisions accordant un droit de visite et les décisions rendues au fond en matière de droit de garde dans la mesure où elles impliquent un droit de retour de l'enfant (articles 42 et 29.6).

¹⁹⁰ Article 47.3 b) du règlement Bruxelles II *ter*.

¹⁹¹ Article 23 b).

¹⁹² A ce sujet, v. les conclusions de l'avocat général BOT, points 76 et s. : la possibilité d'être entendu n'est pas interprétée par rapport aux standards nationaux en matière de retour. La « plus-value » du règlement par rapport à la convention de La Haye de 1980 est donc de « permettre de sortir des situations de blocage que peuvent générer les divergences d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque cette appréciation est effectuée par le juge d'origine et par le juge requis au regard de leurs propres droits fondamentaux. »

¹⁹³ Article 39 al. 2.

¹⁹⁴ Article 41.

B. Le possible effet bénéfique du régime de l'instance indirecte

64. Il a été démontré que la diversité des droits et pratiques des Etats membres en matière d'audition de l'enfant ne contribue pas à une circulation efficace des décisions. Pour autant, l'absence d'harmonisation pourrait, dans le cadre du régime actuel, avoir pour effet de renforcer l'efficacité du droit de l'enfant d'être entendu dans la procédure le concernant.

En effet, le champ d'application du motif de refus relatif au non-respect du droit de l'enfant d'être entendu ayant été élargi, les risques qu'une décision méconnaissant ce droit ne soit pas reconnue dans l'Etat requis sont plus élevés. Or, le juge de l'Etat d'origine qui rend la décision a tout intérêt à ce que la décision qu'il rend puisse circuler, ne serait-ce que pour éviter qu'une décision contraire soit rendue ultérieurement dans l'Etat requis. Ainsi, face au risque accru dans le règlement Bruxelles II *ter* que l'Etat requis en refuse la reconnaissance, le juge de l'Etat d'origine pourrait être incité à donner à l'enfant la possibilité d'être entendu.

A long terme pourrait en résulter une sorte de « nivellement par le haut » : les pratiques nationales tendraient progressivement vers le modèle plus exigeant des Etats particulièrement attachés à la participation de l'enfant à la procédure, voire vers une harmonisation partielle. Un tel phénomène aurait l'avantage d'accroître tant le respect du droit de l'enfant d'être entendu que la circulation transfrontière des décisions.

65. En revanche, le régime actuel se caractérise par une certaine rigidité. En effet, lorsque le juge de l'Etat membre requis s'interroge sur la possibilité donnée ou non à l'enfant d'être entendu, son appréciation ne porte souvent que sur la procédure qui s'est tenue devant le juge dans l'Etat membre d'origine. La rigidité d'une telle approche pousse à s'interroger sur l'opportunité de la répartition actuelle des compétences au sein de l'Union européenne.

§ 2. La répartition des compétences en matière d'audition de l'enfant

66. Les juridictions des Etats membres doivent donner à l'enfant une possibilité réelle et effective d'être entendu « dans l'exercice de leur compétence » en matière de responsabilité parentale. Cette prescription lue à l'aune de l'exigence de garantir cette possibilité « dans toute procédure [le] concernant » semble signifier que le juge d'un Etat membre, dès lors que l'enfant est discernant et que la procédure le concerne, ne peut refuser de lui donner cette possibilité, sauf exception. La rigidité de ce régime révèle une certaine insuffisance (A), qu'une meilleure coopération entre les Etats membres pourrait contribuer à pallier (B).

A. La rigidité de la répartition actuelle des compétences

67. Cette rigidité procède de ce que l'audition doit nécessairement se tenir devant le juge de l'Etat d'origine dès lors que la procédure concerne un enfant capable de discernement, sans égard pour d'éventuelles autres procédures en cours ou tenues dans d'autres Etats membres, spécialement celui dans lequel l'exécution est demandée. Cette exigence n'est pas explicitement formulée, mais résulte tant de la lettre de l'article 21 que de la structure du certificat attaché à la décision.
68. L'absence de flexibilité ressort particulièrement de l'affaire *Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, déjà citée¹⁹⁵. Le tribunal régional supérieur de Celle (Allemagne) refuse d'exécuter une décision espagnole attribuant la garde exclusive de l'enfant au père et ordonnant son retour en Espagne, dont le certificat indique que l'enfant a été entendu alors qu'il ne l'a pas été dans le cadre de cette procédure. Les questions préjudicielles posées par la juridiction allemande visaient à savoir si l'exécution d'une décision de retour rendue en vertu de l'article 11.8 du règlement Bruxelles II *bis* peut être refusée lorsqu'il apparaît que l'enfant en cause n'a pas été entendu, entachant la décision d'une « grave violation des droits fondamentaux », et si l'exécution est obligatoire alors même que le certificat comporte une « déclaration manifestement inexacte¹⁹⁶ ». Or, l'enfant avait déjà été entendue neuf mois auparavant, dans le cadre de la procédure de retour intentée par son père en Allemagne. Le juge espagnol a pris en compte l'opposition à son retour et a dûment expliqué dans sa décision sur le fond les raisons pour lesquelles le retour devait néanmoins être ordonné.

L'enjeu ressort ainsi clairement des circonstances de cette affaire : un juge devrait-il pouvoir se référer à une audition effectuée dans un autre Etat membre – l'Etat requis en l'espèce – au lieu de procéder à une nouvelle audition¹⁹⁷ ? S'il a été brillamment explicité par l'avocat général dans ses conclusions¹⁹⁸, la Cour omet de se prononcer sur ce point. Faut-il en déduire que le respect du droit fondamental de l'enfant d'être entendu suppose que l'audition soit tenue

¹⁹⁵ V. *supra.*, Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

¹⁹⁶ Conclusions de l'avocat général BOT, préc., point 55.

¹⁹⁷ Il faut noter que dans cette affaire, le juge espagnol avait souhaité procéder une nouvelle fois à l'audition de l'enfant et émis une convocation à cette fin. Ni l'enfant ni la mère n'ont comparu. La référence par le juge espagnol au contenu de l'audition tenue antérieurement en Allemagne avait ainsi sans doute pour but de pallier l'absence de possibilité pour l'enfant d'être entendu dans la procédure au fond. Toutefois, ce schéma amène à s'interroger sur l'opportunité d'introduire davantage de souplesse dans l'assurance du respect du droit de l'enfant d'être entendu.

¹⁹⁸ V. points 63 et s.

dans *chaque* procédure au sens strict le concernant, même si elles sont indissociables l'une de l'autre et que l'enfant a eu la possibilité de s'exprimer dans le cadre de l'une d'elles ? Deux observations à cet égard.

D'une part, l'audition, dont les implications psychologiques ont été mentionnées, est un moment éprouvant pour l'enfant. Dès lors qu'il ne lui est pas demandé de répondre à une question fermée¹⁹⁹, il pourrait être envisagé que le contenu de l'audition, c'est-à-dire l'expression par l'enfant de son opinion et de ses sentiments, soit utilisé dans le cadre d'une autre procédure liée.

D'autre part, cela favoriserait l'économie procédurale, surtout dans les cas d'enlèvement international d'enfants : la procédure de retour ne se verrait pas allongée du fait de la tenue de l'audition de l'enfant, qui a déjà été entendu dans la procédure au fond antérieurement tenue. L'impératif de rapidité de la procédure de retour s'en trouverait renforcé.

Introduire davantage de souplesse apparaît donc souhaitable. En outre, dans un cas semblable à celui de l'affaire *Aguirre* où l'enfant se trouve dans un autre pays que celui de la juridiction qui statue sur le fond, en raison de l'éloignement géographique, le seul moyen pratique de procéder à l'audition de l'enfant est celui de la visioconférence²⁰⁰.

B. La nécessité d'une meilleure coopération

69. Les raisons appuyant la nécessité d'une meilleure coopération en la matière sont explicitées par l'avocat général BOT dans ses conclusions relatives à l'affaire *Aguirre*. D'une part, la lettre de l'article 42.2 a) du règlement Bruxelles II *bis* ne contient aucune indication relative à l'autorité compétente pour procéder à l'audition de l'enfant. Dès lors qu'il « requiert simplement que l'enfant ait eu la possibilité d'être entendu », « cette condition peut donc être satisfaite [lorsqu'il l'a été] par les autorités judiciaires d'un autre Etat membre²⁰¹ ». D'autre part, au gouvernement allemand estimant que les procédures de non-retour et d'attribution de la garde sur le fond ayant des objets différents, l'enfant devait être entendu à nouveau²⁰², l'avocat général répond que ces

¹⁹⁹ Par ex., sur le point de savoir s'il veut rentrer ou non, ou avec lequel de ses parents il souhaite vivre. L'audition doit viser à recueillir l'opinion et les sentiments de l'enfant sans l'orienter ou circonscrire l'expression de sa parole.

²⁰⁰ A cet égard, le considérant 53 du règlement Bruxelles II *ter* prévoit : « *Sans préjudice d'autres instruments de l'Union, lorsqu'il n'est pas possible d'entendre une partie ou un enfant en personne, et lorsque les moyens techniques sont disponibles, la juridiction pourrait envisager de tenir une audition par vidéoconférence ou au moyen de tout autre technologie de communication à moins que, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, l'utilisation d'une telle technologie ne serait pas appropriée au regard du déroulement équitable de la procédure.* »

²⁰¹ Point 94.

²⁰² Cet argument est partagé par la Commission et le gouvernement français (point 65).

instances « ne constituent pas des procédures cloisonnées, en concours l'une par rapport à l'autre²⁰³ », mais sont les « composantes complémentaires d'une seule et même procédure, qui concerne la situation d'un enfant dont les parents se disputent la garde ».

Cette lecture doit, nous semble-t-il, être approuvée : le droit fondamental d'être entendu devrait pouvoir être limité à la circonstance que l'enfant ait eu la possibilité de s'exprimer dans le « cadre global » de la procédure de retour, et non « à chaque stade » de celle-ci. En outre, si l'enlèvement a lieu après qu'une décision sur le fond a été rendue au terme d'une procédure dans laquelle l'enfant a été entendu, la tenue d'une audition dans la procédure de retour ne s'avère pas indispensable.

70. Une répartition plus souple des compétences, davantage axée sur la possibilité concrète donnée à l'enfant de s'exprimer que sur l'autorité qui recueille sa parole, présuppose cependant une coopération suffisante entre les autorités nationales. En effet, pour que le juge d'un Etat membre se réfère à une audition tenue dans un autre Etat en lieu et place d'ordonner une seconde audition, encore faut-il qu'il ait accès au contenu de la première audition. Or, deux éléments montrent que l'assouplissement pourrait être sérieusement envisagé.

En premier lieu, le règlement Bruxelles II *bis* et la refonte imposent au juge de l'Etat d'origine statuant sur le fond en matière de garde alors que le retour a été refusé par l'Etat de refuge de tenir compte des « *motifs et faits* » sur le fondement desquels la décision de non-retour avait été rendue²⁰⁴. Pour assurer l'efficacité de cette exigence, les règlements imposent à la juridiction qui rend la décision de non-retour de communiquer dans un délai d'un mois à la juridiction qui statue sur le fond, en plus de sa décision, « *un compte-rendu, un résumé ou un procès-verbal des audiences, ainsi que tout autre document qu'elle juge pertinent*²⁰⁵. » A cet égard, le recours au réseau judiciaire européen pourrait permettre une communication plus fluide entre les juridictions. Ainsi, dès lors que le juge qui statue sur le fond dispose du compte-rendu de l'audition de l'enfant, il pourrait être autorisé à s'y référer.

En second lieu, il est plausible de soutenir que les auteurs du règlement Bruxelles II *bis* et de la refonte n'ont pas souhaité exclure par principe l'hypothèse d'une telle coopération, où l'audition aurait lieu indifféremment dans l'un ou l'autre des Etats membres concernés. La référence au règlement relatif à la coopération dans le domaine de l'obtention des preuves dans

²⁰³ Point 96.

²⁰⁴ Articles 42.2 c) du règlement Bruxelles II *bis* et 47.4 du règlement Bruxelles II *ter*.

²⁰⁵ Article 29.3 c) du règlement Bruxelles II *ter*. Une exigence similaire était prévue à l'article 11.6 du règlement Bruxelles II *bis*.

les deux instruments étaye cette observation²⁰⁶. En effet, leurs préambules prévoient respectivement que « *l'audition d'un enfant dans un autre Etat membre peut être effectuée selon les modalités prévues par [ce] règlement²⁰⁷* » et que « *la juridiction de l'Etat membre d'origine devrait avoir recours, dans la mesure du possible et toujours en prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, à tous les moyens dont elle dispose en vertu de son droit national ainsi qu'aux instruments propres de la coopération judiciaire internationale, y compris, le cas échéant, ceux prévus par [ce] règlement²⁰⁸*. » Cet instrument permet à la juridiction d'un Etat membre de demander à la juridiction compétente d'un autre Etat membre de procéder à un acte d'instruction ou d'y procéder directement²⁰⁹. Dans la mesure où le législateur européen conçoit que l'audition puisse intervenir, dans le cadre de ce règlement, dans un autre Etat membre, pourquoi ne pas autoriser le juge à se référer à une audition tenue dans un autre Etat au lieu d'en ordonner une nouvelle ?

71. Il est clair qu'une telle pratique ne peut être envisagée sans limites. Le délai séparant l'audition de la seconde procédure qui s'y réfère ne saurait excéder une certaine durée – dans l'affaire *Aguirre Zarraga*, il était de neuf mois. En outre, la structure du certificat attaché à la décision devrait être modifiée de manière à envisager l'hypothèse où le juge se référerait à une audition tenue dans un autre Etat. Il est en tout cas regrettable que la Cour ait omis de se prononcer sur ce point dans sa décision finale.
72. La place du droit de l'enfant dans le régime de l'instance indirecte des règlements européens pertinents a été expliquée. L'opportunité de l'introduction d'une certaine souplesse dans la répartition des compétences entre les Etats membres pour assurer le respect du droit de l'enfant d'être entendu a été exposée. A présent, le choix méthodologique effectué par le législateur européen, par la consécration d'un motif de refus de reconnaissance et d'exécution autonome des décisions à l'article 39.2 de la refonte du règlement Bruxelles II *bis*, retiendra notre attention.

²⁰⁶ Règlement (CE) no 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (JO L 174 du 27.6.2001, p. 1).

²⁰⁷ Considérant 20 du règlement Bruxelles II *bis*.

²⁰⁸ Considérant 39 du règlement Bruxelles II *ter*.

²⁰⁹ Article 1^{er} – Champ d'application.

Section 2. Le choix méthodologique du législateur européen

73. L'introduction d'un motif de refus de reconnaissance et d'exécution autonome des décisions, détaché de l'exception d'ordre public, procède sans doute d'une volonté de réduire la violation du droit de l'enfant d'être entendu au non-respect d'une condition, à l'instar des autres motifs de refus (§1). Ainsi, au même titre que la reconnaissance est refusée pour défaut de signification de l'acte introductif d'instance lorsque la décision a été rendue par défaut²¹⁰, elle peut l'être pour défaut de possibilité donnée à l'enfant d'être entendu. Pourtant, l'inclusion du droit de l'enfant dans l'exception d'ordre public international présentait certains avantages (§2).

§ 1. La consécration d'un motif de refus de reconnaissance et d'exécution autonome

74. L'évincement de la référence aux conceptions procédurales nationales, déjà exposé, appellera probablement un encadrement du motif de refus par la Cour de justice de l'Union européenne (A), opération dont les implications méritent d'être mesurées (B).

A. Une interprétation autonome par la Cour de justice

75. La référence par le règlement Bruxelles II *bis* à la violation des règles fondamentales de procédure de l'Etat requis impliquait simplement que « l'audition [soit] conforme aux règles applicables dans l'Etat membre concerné, qui incluent [...] l'article 12 [de la convention des Nations-Unies]²¹¹ ». La suppression de la référence aux conceptions nationales entraînera nécessairement des précisions d'interprétation de la part de la Cour de justice, de la même manière qu'elle a pu interpréter d'autres motifs de refus de reconnaissance et d'exécution.

Tel est le cas de l'exception d'ordre public international, qui a été rigoureusement encadrée par la Cour. Dans un arrêt *Krombach*, rendu sous l'empire de la convention de Bruxelles, elle précise que le jeu de la clause d'ordre public « n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre Etat contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental ». En conséquence, une « violation manifeste d'une

²¹⁰ Article 39.1 b). Il y a néanmoins une nuance en ce que la mise en œuvre du refus de reconnaissance fondé sur le non-respect du droit de l'enfant d'être entendu est facultative.

²¹¹ A. BORRAS, Rapport explicatif relatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, n° 73.

règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique » est requise²¹². A cela s'ajoutant la méthode du contrôle de proportionnalité prônée par la Cour européenne des droits de l'homme, certains auteurs y voient une dénationalisation de l'ordre public²¹³.

Tel est encore le cas des décisions inconciliables, la notion d'inconciliabilité ayant été interprétée par la Cour de justice²¹⁴.

76. L'interprétation autonome des notions du droit de l'Union européenne amène ainsi la Cour de justice à préciser le contenu des termes employés dans les instruments européens. Le sens de cette méthode a été explicité par la Cour : « les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause²¹⁵ ». La Cour ajoute un tempérament, en précisant que « toutefois, lorsque le législateur communautaire a fait, dans un règlement, un renvoi implicite aux usages nationaux, il n'appartient pas à la Cour de donner aux termes employés une définition communautaire uniforme²¹⁶. » Qu'en est-il de la possibilité d'exprimer son opinion ? Contient-elle un renvoi à des « usages nationaux » ? D'un côté, la disparition de la mention des « règles fondamentales nationales » dans la refonte pourrait laisser penser qu'une interprétation autonome est à prévoir. De l'autre, la reconnaissance par le règlement de ce que les modalités d'audition relèvent des législations et procédures nationales²¹⁷ pourrait en revanche évincer une éventuelle interprétation uniforme. En outre, la circonstance que l'audition ne soit pas une obligation absolue appelle nécessairement une appréciation concrète du juge national. Comment articuler une interprétation autonome de la condition de discernement avec cette nécessité ?
77. Malgré les difficultés de mise en œuvre à prévoir, il n'est pas impossible que la Cour de justice soit interrogée sur le sens de la notion de « discernement » ou sur celui de la « possibilité réelle

²¹² CJUE, 28 mars 2000, *Krombach c. Bamberski*, C-7/98, point 37. V. aussi CJUE, 11 mai 2000, *Renault*, C-38/98, point 30.

²¹³ S. CORNELOUP, « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *JEDH*, 2013. 381, p. 401.

²¹⁴ V. not. CJUE, 4 février 1988, *Hoffmann c. Krieg*, C-45/86.

²¹⁵ CJUE, 18 janvier 1984, *Ekro*, C-327/82, point 11.

²¹⁶ *Ibid.*, point 14.

²¹⁷ Considérant 39.

et effective d'exprimer son opinion ». A cet égard, les prémices d'une interprétation autonome se retrouvent déjà dans sa jurisprudence relative à l'article 24 de la Charte. La possibilité pour l'enfant d'exprimer son opinion consacrée par cette disposition signifie ainsi que le juge n'est pas tenu d'entendre l'enfant, mais *lorsqu'il le décide, alors*, il est tenu de prendre les mesures appropriées pour assurer l'effet utile de cette disposition en offrant à l'enfant une possibilité réelle et effective de s'exprimer²¹⁸. Il serait particulièrement intéressant de voir la Cour interrogée sur le contenu de la notion de discernement, eu égard à l'absence de consensus observable tant en droit comparé qu'en droit interne. Laisserait-elle le juge national la définir ou tenterait-elle d'en préciser les contours ? Cela amène à s'interroger sur les implications d'une telle interprétation autonome.

B. Les implications d'une interprétation autonome

78. Il a été souligné à juste titre qu'il est, pour l'instant, « hasardeux » de se prononcer sur l'utilisation future de ce motif, « au regard des termes employés et des tempéraments prévus par le législateur²¹⁹ ». Pour autant, il est permis de s'interroger sur ses incidences. Deux séries de remarques peuvent être formulées à cet égard.

En premier lieu, si la Cour de justice de l'Union européenne venait à fournir une interprétation autonome de la notion de discernement, elle modulerait ce faisant la portée du droit de l'enfant d'être entendu. Dans l'instance directe, le juge qui refuserait d'entendre l'enfant au motif qu'il n'est pas capable de discernement devrait le justifier à l'aune de l'interprétation du discernement fournie par la Cour de justice. Dans l'instance indirecte, le juge ne pourrait pas refuser de reconnaître une décision adoptée au terme d'une procédure dans laquelle l'enfant a été considéré comme incapable de discernement et n'a pas été entendu, dès lors que l'appréciation du discernement par la juridiction d'origine est conforme aux éléments d'interprétation que donnerait la Cour de justice. A l'inverse, le jeu du motif de refus serait possible si l'enfant considéré comme capable de discernement tel qu'entendu par la Cour de justice a été entendu.

Il est difficile de savoir quel encadrement la Cour de justice pourrait imposer au jeu de l'article 39.2. Néanmoins, il est permis de supposer que la suppression de la référence aux particularismes procéduraux des Etats membres s'accompagnera à terme d'une interprétation

²¹⁸ CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, préc., point 66.

²¹⁹ Étude par G. PAYAN, « Union européenne - Les apports du règlement « Bruxelles II ter » à l'édification de l'Espace judiciaire civil européen : entre améliorations et insuffisances », *JDI Clunet*, 2023, n° 2, point 30.

autonome du droit et d'un encadrement des conditions dans lesquelles le motif de refus de reconnaissance et d'exécution pourra être mobilisé par les juridictions nationales.

79. En second lieu, il découle de ces observations que si la Cour devait livrer une interprétation autonome, elle trancherait indirectement en faveur d'une certaine conception du droit de l'enfant d'être entendu. Une telle réponse prétorienne ne passerait pas inaperçue. Si l'approche retenue par la Cour se rapprochait de la conception allemande très protectrice, d'autres Etats se verraient forcés de donner la possibilité d'être entendus à des enfants très jeunes sans qu'ils disposent du personnel formé à cette fin. Si au contraire la Cour se prononçait en faveur d'une conception moins protectrice, les Etats les plus exigeants n'auraient aucun moyen d'empêcher la reconnaissance de la décision en cause. En outre, si la Cour devait poser une présomption de discernement fondée sur l'âge, qu'advierait-il des dispositions nationales qui posent déjà de tels seuils ? Au nom du principe de primauté²²⁰, elles devraient sans doute être écartées. En somme, la Cour, interrogée, aurait trois possibilités : limiter la portée du motif de refus et ainsi faire primer la circulation des décisions sur l'efficacité du droit d'être entendu ; ne poser aucun encadrement et ainsi laisser à chaque juge national le soin d'interpréter le motif comme il le souhaite ; ou encore, s'attacher à trouver un équilibre par un encadrement souple conciliant les différentes conceptions.

80. Au vu de tout ce qui précède, cette troisième possibilité nous semble la plus souhaitable.

D'abord, il serait irréaliste de prétendre harmoniser entièrement les conditions d'exercice du droit à l'échelle supranationale, alors que les pratiques sont déjà si disparates d'une juridiction à l'autre au sein du même pays.

Ensuite, les difficultés de mise en œuvre inhérentes à la notion de discernement ayant été exposées, s'essayer à le définir abstraitement sera peu utile pour les juges nationaux qui ne tireront sans doute pas grand-chose d'une telle définition, sans aucun doute trop générale, d'une notion dont l'interprétation ne peut se passer d'une appréciation concrète.

En revanche, la piste évoquée²²¹ consistant à proposer l'introduction d'un seuil d'âge abstrait instaurant une présomption de discernement pourrait être envisagée. La Cour de justice pourrait en effet indiquer un âge au-delà duquel les enfants sont présumés capables de discernement et devraient donc toujours être entendus, sauf renversement de la présomption, et

²²⁰ V. not. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, C-6/64.

²²¹ V. *supra*, n° 43.

en deçà duquel les enfants pourraient néanmoins l'être si leur discernement est prouvé. Ainsi, les Etats plus exigeants pourraient continuer d'entendre des enfants de tout âge et une présomption de discernement commune à l'ensemble des Etats membres pourrait lever dans une certaine mesure l'obstacle à la circulation des décisions. Pour autant, une difficulté perdurerait : le fait qu'un enfant dont l'âge serait bien inférieur au seuil fixé ne soit pas entendu et que l'Etat membre requis soit forcé de reconnaître la décision aurait pour effet de contrevenir gravement à sa conception nationale du droit fondamental d'être entendu. De même, forcer l'audition d'un enfant que la pratique nationale considère comme incapable de discernement ne tient pas compte du manque de moyens ou de formation des magistrats. Là est le principal inconvénient d'une interprétation autonome : devoir trancher entre les conceptions nationales dont la divergence n'est pas injustifiée. Le recours à l'ordre public international de procédure aurait pu permettre de l'atténuer.

§ 2. La proposition de recours à l'ordre public international de procédure

81. L'inclusion du droit de l'enfant d'être entendu dans l'ordre public international de procédure aurait pu être envisagée. En effet, elle pourrait s'avérer un compromis adéquat entre la violation des règles nationales fondamentales exigée par le règlement Bruxelles II *bis* et une interprétation autonome. La consécration d'un motif de refus de reconnaissance et d'exécution autonome des décisions n'était pas nécessaire, nous semble-t-il, pour assurer une meilleure efficacité du droit de l'enfant d'être entendu.
82. Dans le règlement Bruxelles II *bis*, il fallait donc que le droit de l'enfant d'être entendu jouisse du statut de règle fondamentale en droit national²²² pour que le juge requis puisse refuser la reconnaissance. Dans la refonte, la disparition de la référence aux particularismes nationaux a été soulignée. Pour autant, en pratique, à quel changement s'attendre dès lors que la mise en œuvre du motif de refus est facultative ? Les Etats membres les plus attachés au droit de l'enfant d'être entendu y recourront sans doute largement, tandis que les Etats membres moins exigeants ne le mobiliseront que peu. En somme, le caractère facultatif du motif n'éradique pas les particularismes nationaux.

²²² E. GALLANT, « Règlement Bruxelles II *bis* : compétence, reconnaissance et exécution en matière de désunion et de responsabilité parentale », *Répertoire de droit international*, Dalloz, janvier 2013 (mise à jour : décembre 2022), n° 273 et s. Selon l'auteur, tel est le cas en France depuis que la Cour de cassation a conféré effet direct à l'article 12 de la convention des Nations-Unies.

83. Inclure la circonstance que l'enfant n'ait pas eu la possibilité d'être entendu dans le motif de refus relatif à l'ordre public aurait permis, tout en respectant les divergences entre les Etats membres, d'assurer un minimum d'harmonisation grâce à l'encadrement de la notion. Les difficultés rencontrées lorsque l'Etat requis a une conception particulièrement exigeante du droit de l'enfant d'être entendu ont été exposées. Il nous semble que son inclusion dans l'ordre public de procédure pourrait pallier, dans une certaine mesure, cet obstacle. La pratique allemande, consistant à auditionner des enfants dès l'âge de trois ans et rendant l'audition obligatoire pour le juge, obère la circulation des décisions dans l'espace judiciaire européen. Le droit de l'enfant d'être entendu constituant ainsi une règle fondamentale de l'ordre juridique allemand, les juridictions allemandes pouvaient déjà, sans restriction, mobiliser le motif de refus de l'article 23 b) du règlement Bruxelles II *bis* ; en l'absence d'encadrement, il en va de même sous l'empire de la refonte. Faire entrer le respect du droit de l'enfant d'être entendu dans l'ordre public tel qu'interprété par la Cour de justice permettrait de limiter la mise en œuvre du motif de refus aux hypothèses de « violation manifeste » du droit qui « heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis ».

Concrètement, il nous semble qu'une violation manifeste pourrait notamment être caractérisée si l'enfant n'a pas été entendu et que la décision ou le certificat ne motivent pas précisément l'absence d'audition. Ainsi, l'intérêt serait double. D'une part, dans l'instance directe, les juridictions d'Etats membres moins exigeants motiveraient davantage leur refus d'entendre l'enfant et pourraient veiller davantage au respect du droit d'être entendu. D'autre part, cette motivation, dès lors qu'elle est suffisamment précise, empêcherait de caractériser la violation manifeste requise pour faire jouer la clause d'ordre public. Cela pourrait permettre d'atteindre un certain équilibre entre l'efficacité du droit d'être entendu et la circulation transfrontière des décisions, tout en respectant au mieux les différentes conceptions nationales. Si le droit de l'enfant d'être entendu tel que consacré par l'article 12 de la convention des Nations-Unies, à laquelle tous les Etats membres de l'Union européenne sont parties, est intégré à tous les droits nationaux, il ressort de ces considérations que sa mise en œuvre dans un espace régional où les décisions de justice doivent circuler sans frontières n'est pas si aisée.

84. **Conclusion du chapitre.** La consécration d'un motif de refus de reconnaissance et d'exécution autonome des décisions en matière de responsabilité parentale relatif à l'absence de possibilité donnée à l'enfant discernant d'être entendu témoigne de la prise de conscience croissante, au niveau européen, de la nécessité d'assurer l'efficacité de ce droit. Si les divergences patentées des pratiques nationales peuvent faire craindre une altération de la circulation des décisions,

l'exigence de certains Etats pourrait à long terme inciter les Etats moins respectueux du droit de l'enfant d'être entendu à mieux l'observer : l'élargissement du champ d'application du motif de refus pourrait leur faire redouter un refus de reconnaissance ou d'exécution de leurs décisions. Il n'en demeure pas moins que la répartition actuelle, relativement rigide, des compétences dans l'Union européenne en matière d'audition de l'enfant met en lumière les avantages d'un assouplissement, qui pourrait être atteint par une meilleure coopération entre les Etats membres. Enfin, les difficultés d'interprétation que suscitera la consécration d'un motif de refus de reconnaissance et d'exécution autonome pourraient amener à mettre en doute l'opportunité d'avoir procédé ainsi, au détriment de l'ordre public international de procédure de chacun des Etats membres.

85. **Conclusion de la première partie.** Ces premiers développements ont permis, en premier lieu, de dresser un inventaire des diverses dispositions adoptées aux échelons international et européen qui consacrent le droit de l'enfant d'exprimer son opinion dans les procédures qui le concernent, conséquence de la prise de conscience grandissante de la nécessité pour l'enfant d'y prendre part²²³. A cette occasion, il a été démontré que, tant par ses sources que par la méthode de sa mise en œuvre, le droit de l'enfant d'être entendu relève de la catégorie des droits fondamentaux. Sa mise en œuvre a ensuite été étudiée, ce qui a permis de mettre en lumière les insuffisances de la condition de discernement et d'exposer les limites restreignant l'exercice de ce droit. En second lieu, les implications procédurales du droit de l'enfant d'être entendu ont été envisagées. L'analyse de la place de ce droit dans l'instance indirecte a révélé que si une mise en œuvre efficace par les juridictions nationales accroît la circulation transfrontière des décisions, la répartition actuelle des compétences au sein de l'Union européenne appelle davantage de souplesse. Le choix du législateur européen d'introduire un motif de refus de reconnaissance et d'exécution autonome des décisions en matière de responsabilité parentale a été étudié, et les avantages du recours à l'ordre public international de procédure pour sanctionner la violation au stade de l'instance indirecte du droit ont été exposés.

²²³ La création récente de deux associations, LANAE (L'Association Nationale des Auditeurs d'Enfants, créée le 28 septembre 2022) et CLIA (*Children Listeners International Association*, créée en mai 2023), en témoigne.

PARTIE II

La prise en compte de l'opinion de l'enfant

86. Le second axe de cette réflexion relève de l'autre aspect de la participation de l'enfant aux procédures qui le concernent. Les considérations précédentes relatives à la possibilité pour l'enfant d'exprimer son opinion dans ces procédures conduisent à s'interroger sur le poids qu'il convient de lui donner dans la prise de décision. L'enfant jouit en effet du droit à voir son opinion « *prise en considération* ». C'est donc la place qu'il faut donner à l'opinion de l'enfant dans le processus décisionnel qui nous retient ici. Cette problématique se situe à un stade ultérieur à celui ayant fait jusqu'alors l'objet de la présente réflexion : il ne s'agit plus désormais d'envisager le droit de l'enfant d'être entendu sous un angle purement procédural, mais de se pencher sur la question de savoir, une fois l'opinion de l'enfant exprimée, la mesure dans laquelle elle doit influencer sur la décision finale. A cet égard doit être faite une distinction fondamentale qui structurera les prochains développements. La question du poids à accorder à l'opinion de l'enfant se pose en effet dans des termes très différents selon qu'il s'agit d'une procédure sur le fond en attribution de la garde ou d'une procédure de retour dans le contexte d'un enlèvement international d'enfants. Cette seconde situation, illicite, nécessite, nous semble-t-il, d'être envisagée distinctement. Elle ne suscite pas les mêmes observations que la première et en appelle d'autres. C'est pourquoi ces deux situations seront envisagées à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit toujours guider la prise de décision. La place de l'opinion de l'enfant dans la procédure au fond (**chapitre 1**) puis celle de l'opinion de l'enfant enlevé dans la procédure de retour (**chapitre 2**) seront successivement examinées²²⁴.

²²⁴ Si le droit international privé est au centre du second chapitre, le premier chapitre le délaisse nécessairement quelque peu : l'intérêt supérieur de l'enfant est d'abord une notion de droit civil.

Chapitre 1. L'opinion de l'enfant dans la procédure au fond

87. Il est acquis que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* » dans toutes les décisions qui concernent les enfants²²⁵. Cela signifie que le juge, et plus largement, toute autorité, publique ou privée, administrative ou législative, est tenue par une « obligation juridique stricte » d'évaluer toute décision à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant, sans pouvoir discrétionnaire lui permettant d'estimer qu'il n'y a pas lieu de l'évaluer²²⁶. « Concept souple et adaptable », « notion magique », reflet de « l'aptitude du droit à se mouvoir » ou encore « capable d'endosser n'importe quelle marchandise », l'intérêt supérieur de l'enfant est particulièrement difficile à définir et sa porosité a conduit certains à dénoncer son utilisation excessive²²⁷. Si tous les textes relatifs à l'enfant en font mention, « l'omniprésence du terme ne doit pas dissimuler la difficulté de sa définition²²⁸ ». Pourtant, le droit de l'enfant d'être entendu faisant partie intégrante de l'entreprise à suivre pour apprécier son intérêt supérieur, il apparaît indispensable de tenter d'en déterminer la teneur. Décider du sort à donner à l'opinion exprimée par l'enfant revient en effet à déterminer la mesure dans laquelle l'enfant peut définir son propre intérêt supérieur. Identifier ainsi la place de l'opinion exprimée de l'enfant dans l'appréciation de son intérêt supérieur (**section 2**) suppose d'ores et déjà de parvenir à le définir (**section 1**).

Section 1. L'intérêt supérieur de l'enfant dans la procédure au fond

88. Omniprésent en droit positif, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pourtant jamais défini par les textes²²⁹. La doctrine s'accorde toutefois sur l'existence de deux versants qui le composent²³⁰. Ces deux versants expliquent le recours à deux approches différentes, cumulatives, qui contribuent à le définir. L'intérêt supérieur de l'enfant s'entend d'abord des règles générales édictées par le législateur, dont le contenu y est présumé conforme : il s'agit de l'approche *in*

²²⁵ Article 3.1 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant.

²²⁶ 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, p. 6.

²²⁷ V. la position du doyen CARBONNIER. V. aussi l'intervention de P. VERDIER, *op. cit.*

²²⁸ F. CHENEDE (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action 2023-2024, 9^e éd., 2022, 232.43.

²²⁹ Certains des dictionnaires juridiques consultés ne contenaient pas de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant.

²³⁰ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 3^e éd., 2021, p. 104 ; A. GOUTTENOIRE, « La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'Union européenne », in *Protection des droits fondamentaux dans l'union Européenne - Entre évolution et permanence*, Bruylant, 2015, p. 234.

abstracto (§1). L'intérêt supérieur de l'enfant s'entend cependant également de ce qui convient le mieux à *un* enfant placé dans une situation particulière : il s'agit de l'approche *in concreto* (§2). Ces deux approches, qui « se conjuguent²³¹ », retiendront successivement notre attention.

§ 1. La définition abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant

89. Le but de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant est clair : « assurer tant la réalisation complète et effective [des droits reconnus à l'enfant] dans la convention que [son] développement global²³² ». Si ce but oriente bien le processus décisionnel, il ne renseigne pas pour autant sur la définition de la notion. Il apparaît que celle-ci peut être définie au mieux par l'inventaire des éléments qui la composent : tous les droits reconnus à l'enfant, notamment par la convention des Nations-Unies, constituent en effet une « bonne base » pour définir son intérêt supérieur²³³. Aussi appelé « contenu normatif²³⁴ », cet ensemble de règles générales contribue ainsi à définir l'intérêt supérieur de l'enfant (A), dont la méthode de détermination appelle en outre quelques observations (B).

A. Le contenu normatif de l'intérêt supérieur de l'enfant

90. Le Comité des droits de l'enfant a fourni une définition de l'intérêt supérieur de l'enfant, exempte de référence à son contenu normatif, qu'il entend comme un « concept triple²³⁵ ». Il s'agit, premièrement, d'un *droit de fond*, l'enfant ayant droit à ce qu'il soit évalué et mis en œuvre dans la décision. Il s'agit, deuxièmement, d'un *principe juridique interprétatif fondamental*, l'interprétation la plus favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant devant primer toute autre interprétation possible. Il s'agit, enfin, d'une *règle de procédure*, en ce qu'il requiert une évaluation des incidences de la décision sur l'enfant concerné et une motivation de la décision au regard de son intérêt supérieur. Cette définition s'avère surtout utile pour la détermination du rôle du juge dans la mise en œuvre de l'intérêt supérieur, en explicitant ses implications, mais ne renseigne pas sur son contenu.

²³¹ A. GOUTTENOIRE, « La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 234 ; A. GOUTTENOIRE, « Les droits de l'enfant », in *RIDC*, vol. 66, no. 2, 2014 p. 569.

²³² Comité des droits de l'enfant, obs. n° 14, *op. cit.*, p. 2.

²³³ T. HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *Journal du droit des jeunes*, vol. 303, no. 3, 2011, p. 12.

²³⁴ Expression utilisée par plusieurs auteurs, not. P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 104 et s.

²³⁵ Comité des droits de l'enfant, obs. n° 14, *op. cit.*, p. 2.

91. La définition abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant correspond à la somme des droits qui lui ont été reconnus et des règles générales adoptées.

Le premier élément de la définition du contenu normatif de l'intérêt supérieur de l'enfant s'entend donc, en premier lieu, de la somme des droits reconnus à l'enfant. Ainsi, il est notamment dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'avoir une identité, de connaître ses parents et d'être élevés par eux, d'avoir des relations familiales, de n'être pas séparé de ses parents et d'entretenir des relations personnelles avec chacun d'eux, d'être entendu dans toute procédure le concernant, de s'exprimer, d'avoir un niveau de vie suffisant, d'accéder à la santé et à l'éducation²³⁶ ... Tous ces droits ayant été reconnus à l'enfant constituent une liste, non exhaustive²³⁷, qui a le mérite de consigner tous les éléments présumés concourir à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le contenu normatif de l'intérêt supérieur de l'enfant s'entend, en second lieu, de l'ensemble des règles générales édictées par le législateur relatives à un contexte particulier. Ces règles bénéficient d'une présomption de conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant, que seule une appréciation *in concreto* est susceptible de renverser. C'est ainsi que le recours aux châtiments corporels est proscrit²³⁸, que l'enlèvement international d'un enfant commande son retour immédiat dans l'Etat de sa résidence habituelle²³⁹, que chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant²⁴⁰ ou encore que l'autorité parentale est exercée conjointement²⁴¹. Ce second volet du contenu normatif n'a pas la faveur de la Cour européenne des droits de l'homme, qui rejette une détermination *a priori*, abstraite, de l'intérêt supérieur²⁴².

92. Le contenu normatif de l'intérêt supérieur s'entend en outre également de manière négative²⁴³. Ce volet se manifeste toutes les fois qu'une disposition conventionnelle ou législative précise ce qui n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Tel le cas, par exemple, de la séparation de l'enfant d'avec ses parents contre leur gré²⁴⁴, ou encore de l'exposition de l'enfant à « toute

²³⁶ Articles 7 à 28 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant.

²³⁷ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 7.

²³⁸ Article 371-1 al. 3 C. civ.

²³⁹ Préambule et article 1^{er} de la convention de La Haye de 1980.

²⁴⁰ Article 373-2 al. 2. C. civ.

²⁴¹ Article 373-2 al.1^{er} et 373-2-1 C. civ.

²⁴² Sur le principe du retour immédiat en matière d'enlèvement d'enfants, v. not. CEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger c. Suisse*, n° 41615/07.

²⁴³ T. HAMMARBERG, *op. cit.*, p. 12.

²⁴⁴ Article 9 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant.

*forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation*²⁴⁵ ».

B. La détermination *in abstracto* de l'intérêt supérieur de l'enfant

93. Une fois les éléments participant à définir l'intérêt supérieur de l'enfant identifiés, il appartient au juge de « faire le tri ». En effet, « l'examen des circonstances particulières faisant de chaque enfant un cas unique », le juge est amené à « retenir certains éléments et en écarter d'autres²⁴⁶ ». Comme le souligne le Comité des droits de l'enfant, il est des éléments qui, dans une situation donnée, ne seront pas pertinents. Alors que la définition de l'intérêt supérieur des enfants de manière générale inclut tous les éléments mentionnés précédemment, celle de l'intérêt supérieur d'un enfant particulier impose de s'attarder davantage sur certains éléments que d'autres. Toujours au stade de la détermination abstraite de l'intérêt supérieur, le juge est conduit à sélectionner les éléments que le cas d'espèce met en jeu. L'appréciation concrète viendra ensuite guider la conciliation de ces éléments « présélectionnés », pour déterminer ce qui est le mieux pour l'enfant. A titre d'exemple, dans une procédure relative à l'attribution de la garde d'un enfant dont l'un des parents est violent, les composantes de l'intérêt supérieur en jeu sont tout spécialement la non-exposition à toute forme de violence, le maintien des relations personnelles avec les deux parents ainsi que le droit d'être entendu. La conciliation opérée dans le cadre de l'appréciation concrète de l'intérêt supérieur ne mobilisera pas les autres composantes de l'intérêt supérieur.

Il faut noter qu'à ce stade, aucune hiérarchie n'est opérée. Le contenu normatif de l'intérêt supérieur de l'enfant est simplement la somme de tous les éléments reconnus comme poursuivant l'intérêt supérieur de l'enfant. La convention des Nations-Unies doit en effet être « appréhend[ée] comme un tout²⁴⁷ », les droits qu'elle consacre ne pouvant et ne devant pas être hiérarchisés. Aussi n'est-il pas possible d'affirmer abstraitement, par exemple, que le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents est plus ou moins important que son droit à l'éducation.

94. L'examen du contenu normatif de l'intérêt supérieur de l'enfant est ainsi la première étape de son évaluation. Sa définition abstraite permet d'identifier parmi les droits de l'enfant ceux qui

²⁴⁵ Article 19 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant.

²⁴⁶ Comité des droits de l'enfant, obs. n° 14, *op. cit.*, p. 7.

²⁴⁷ A.-C. REGLIER, in P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 103.

sont mis en jeu dans une situation donnée. L'arbitrage entre ces différents droits, nécessaire pour déterminer ce qui est le mieux pour l'enfant, ne peut se faire que dans le cadre d'une appréciation concrète.

§ 2. L'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant

95. Alors que le contenu normatif de la notion permet de présumer l'intérêt supérieur *des* enfants de manière générale, l'appréciation *in concreto* vient s'ajouter pour déterminer l'intérêt supérieur *d'un* enfant particulier eu égard à toutes les circonstances de l'espèce. L'appréciation concrète consiste donc à hiérarchiser les éléments sélectionnés au stade précédent (A). Sa portée mérite d'être commentée (B).

A. La hiérarchisation des droits de l'enfant

96. Une fois que les éléments constitutifs de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné qui sont en jeu ont été identifiés, la seconde étape du raisonnement consiste à les mettre en balance, à les concilier pour parvenir à identifier ce qui est le mieux pour lui. Or, cette mise en balance ne peut se faire qu'à la lumière des circonstances factuelles propres à chaque cas d'espèce. C'est par ailleurs pour cette raison que la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe dans une large mesure au contrôle de la Cour de cassation²⁴⁸. En outre, à la différence de la définition abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant qui résulte de dispositions conventionnelles et législatives, son appréciation concrète, en tant que composante du processus décisionnel qu'elle doit guider, est une tâche prétorienne. Elle requiert une analyse factuelle des circonstances du cas, dont l'auteur des normes générales n'a pas connaissance.
97. Le résultat de cette opération de conciliation des droits en cause est le fruit d'une réflexion ayant permis de déterminer « quel est le besoin qui, dans la situation concrète à laquelle l'enfant est confronté, doit être satisfait en premier lieu²⁴⁹ ». A ce stade, les droits de l'enfant font donc l'objet d'une hiérarchisation : les circonstances de l'espèce commandent de faire primer tel droit sur tel autre. Cela présuppose naturellement d'admettre que les droits reconnus à l'enfant

²⁴⁸ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 124.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 104.

peuvent entrer en conflit²⁵⁰. Ainsi, pour reprendre l'exemple susmentionné d'une procédure d'attribution de la garde de l'enfant dont l'un des parents est violent, l'article 3.1 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant commandera de faire primer son intérêt à ne pas être exposé à une quelconque forme de violence sur son droit au maintien de relations personnelles avec ses deux parents.

98. Cette idée de hiérarchisation des besoins de l'enfant selon les circonstances de la cause est bien illustrée par la terminologie utilisée en langue anglaise pour désigner l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit du « *child's best interest* », c'est-à-dire du « meilleur intérêt de l'enfant », expression par ailleurs utilisée en français par les juges canadiens²⁵¹. Ainsi éclairée, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant se comprend mieux : parmi toutes les formules de conciliation possible des droits reconnus à l'enfant, il s'agit d'identifier la meilleure, celle qui le protège davantage ou plutôt, celle dont l'effet négatif sur ses droits et sa personne est le moindre.
99. C'est parce qu'il appartient au juge d'articuler les différents droits et de faire primer en définitive l'un d'entre eux que l'intérêt supérieur de l'enfant a pu être qualifié de « notion volontairement floue dont le juge est implicitement chargé de définir le contenu²⁵² ». Pour davantage d'exactitude, ce n'est pas le contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant que le juge définit, mais le poids à donner à chacun des éléments qui le constituent.

B. La portée de l'appréciation *in concreto*

100. Après que le besoin de l'enfant devant être privilégié a été déterminé au terme de l'approche *in concreto*, il s'agit de prendre la décision finale. A cet égard, plusieurs observations s'imposent.
101. D'abord, l'articulation du résultat de la conciliation concrète des droits avec la définition abstraite de l'intérêt supérieur va dépendre de l'existence ou non d'une règle générale édictant une solution particulière présumée concourir à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans l'hypothèse où le législateur a posé une règle spécifique propre à un contexte qu'il pense servir l'intérêt supérieur de l'enfant, l'appréciation concrète ne peut intervenir qu'en tant que correctif exceptionnel pour renverser la présomption s'il apparaît que la meilleure solution

²⁵⁰ V. not. Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*, p. 4.

²⁵¹ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 104.

²⁵² Citation du Professeur J. GHESTIN.

pour l'enfant n'est pas celle que dicte la règle générale. Dès lors, deux solutions. Soit la règle abstraite et générale est assortie d'une exception prévue par la loi ; dans ce cas, l'intérêt supérieur de l'enfant commande de faire jouer l'exception. Cette exception peut être formulée en termes spécifiques²⁵³ ou simplement renvoyer à « l'intérêt supérieur de l'enfant ». C'est ainsi que « seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle » à l'exercice de son droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants²⁵⁴ ou à l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents²⁵⁵. Dans ce cas, en l'absence d'exception spécifique justifiant l'évincement de la règle, il est raisonnable d'exiger une motivation particulièrement fournie pour renverser la présomption de conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant²⁵⁶. Soit la règle abstraite et générale n'est assortie d'aucune exception ; dans un tel cas, il est probable que l'intérêt supérieur de l'enfant commande au juge d'écarter la règle²⁵⁷, même si, à notre connaissance, une telle hypothèse ne s'est jamais concrétisée.

En revanche, si aucune règle générale posant une solution présumée conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant n'est applicable, l'appréciation concrète peut occuper une place bien plus importante qu'un correctif exceptionnel. Le contenu de la définition abstraite est alors, en effet, moins fourni.

102. Ensuite, l'articulation des approches abstraite et concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas conçue pareillement par les juridictions supranationales européennes. Sources de « jurisprudences parallèles²⁵⁸ », leurs conceptions de l'intérêt supérieur de l'enfant diffèrent.

La Cour de justice de l'Union européenne est plutôt attachée à une définition abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela résulte notamment d'une affaire *Detiček c. Sgueglia*²⁵⁹. Alors que la Charte des droits fondamentaux présume que le droit de l'enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents concourt à son intérêt supérieur, la Cour estime que seul « un autre intérêt de l'enfant d'une intensité

²⁵³ Par exemple, en matière d'enlèvement, le risque grave que le retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable (article 13.1 b) de la convention de La Haye de 1980).

²⁵⁴ Article 371-4 C. civ.

²⁵⁵ Article 373-2-1 C. civ.

²⁵⁶ V. not. A. GOUTTENOIRE, « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *LPA*, 2010, n° 200, p. 26.

²⁵⁷ A. GOUTTENOIRE, « Les droits de l'enfant », *op. cit.*, p. 571 ; A. GOUTTENOIRE, « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 26

²⁵⁸ Expression de A. GOUTTENOIRE.

²⁵⁹ CJUE, 23 décembre 2009, *Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia*, C-403/09. Cette affaire, également pertinente en matière d'enlèvement international d'enfant, sera mentionnée à nouveau.

telle que ce dernier prime celui sous-tendant [ce] droit fondamental²⁶⁰ » puisse permettre d'y déroger, au terme d'une « appréciation équilibrée et raisonnable de tous les intérêts en jeu, qui doit reposer sur des considérations objectives relatives à la personne même de l'enfant et à son environnement social²⁶¹ ». Le degré élevé de justification requis montre ainsi l'attachement de la Cour à une définition abstraite et sa réticence à accepter une remise en cause par des considérations concrètes. Cet attachement est plus palpable encore en matière d'enlèvement international d'enfant, illustré par la même affaire²⁶².

Par contraste, la Cour européenne des droits de l'homme favorise incontestablement une appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il ressort de sa jurisprudence que les décisions dont la motivation n'est pas tirée de l'intérêt concret de l'enfant sont censurées²⁶³. Si, là encore, les affaires d'enlèvement international illustrent tout particulièrement ce propos, de manière générale, la Cour de Strasbourg « n'accorde que peu de crédit [aux] arbitrages législatifs, préférant y substituer, au cas par cas, sa propre appréciation²⁶⁴».

La coexistence des corpus de jurisprudence respective des deux cours européennes complique ainsi la tâche du juge national plus qu'elle ne la lui facilite.

103. Enfin, la place excessive de l'approche concrète de l'intérêt de l'enfant a suscité de nombreuses critiques. Lorsque la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est critiquée, c'est en effet l'appréciation concrète et sa portée qui sont généralement visées.

Elle est d'abord critiquée, car notion « protéiforme²⁶⁵ » utilisée pour « faire dire tout et son contraire », l'intérêt supérieur de l'enfant implique, dans son approche *in concreto*, une part immense de subjectivité. Même au stade de la définition abstraite, le simple rappel de l'évolution temporelle de la notion appelle cette critique²⁶⁶. Au stade de l'appréciation concrète, elle est encore plus justifiée, car la décision finale est tributaire de l'appréciation subjective du magistrat : là où un juge estimerait un certain prénom contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant

²⁶⁰ Point 59.

²⁶¹ Point 60.

²⁶² V. *infra*, n° 102.

²⁶³ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 126.

²⁶⁴ F. CHENEDE, « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 141. C'est ainsi qu'en matière de gestation pour autrui, l'intérêt supérieur de l'enfant commande la reconnaissance du fait accompli à l'étranger nonobstant la prohibition posée par le droit interne français (arrêts du 26 juin 2014, *Menesson c. France* et *Labassee c. France*, n° 65192/11 et n° 65941/11).

²⁶⁵ F. CHENEDE (dir.), *Droit de la famille*, *op. cit.*, 232.43.

²⁶⁶ Autrefois invoqué pour justifier les châtements corporels, il fonde aujourd'hui leur interdiction. Alors mobilisé pour fonder l'arrachement d'enfants de certaines populations à leurs familles, il commande désormais le maintien des relations personnelles des enfants avec leurs parents.

et ordonnerait le changement, pour un autre, la gêne et le trouble occasionnés par ce changement requerraient de le conserver²⁶⁷.

Elle est ensuite critiquée, car par voie de conséquence, elle conduit à écarter la règle de droit abstraite et générale au profit d'une appréciation concrète des intérêts en cause. Ce phénomène critiquable en soi participe de la tendance plus large de « l'ascension *des* droits au détriment *du* droit²⁶⁸ », dans le cadre de laquelle des juges « se reconnaissent le pouvoir d'évincer l'arbitrage des élus du Peuple au profit de leur appréciation personnelle des intérêts en présence²⁶⁹ ».

Elle est enfin critiquée, car cette prégnance de subjectivité ouvre la voie à l'arbitraire du juge, risque virulemment dénoncé par le doyen CARBONNIER pour qui « rien [n'est] plus propre » à l'encourager que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

104. Il convient désormais, après avoir tenté de définir la notion versatile d'intérêt supérieur de l'enfant, d'examiner la place de l'opinion de l'enfant dans son appréciation.

Section 2. La place de l'opinion de l'enfant dans l'appréciation de son intérêt supérieur

105. Dès lors que la parole de l'enfant a été recueillie, l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant requiert que son opinion soit prise en considération. Pour rappel, il s'agit ici de déterminer dans quelle mesure l'opinion exprimée par l'enfant doit peser sur la décision finale. A cet égard, il est opportun de s'interroger sur l'avènement d'un éventuel « droit à l'autonomie personnelle » de l'enfant, dont l'opinion indiquerait systématiquement son intérêt supérieur et devrait donc être suivie (§1). Cependant, le droit de l'enfant de voir son opinion prise en considération doit nécessairement être concilié avec les autres droits en présence (§2).

²⁶⁷ V. Rennes, 4 mai 2000, JCP 2001, IV 2655, affaire citée par P. VERDIER, *op. cit.*

²⁶⁸ F. CHENEDE, « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 140.

²⁶⁹ F. CHENEDE, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *op. cit.*, n° 4.

§ 1. Un droit de l'enfant à l'autonomie personnelle ?

106. Relevant du contenu normatif de l'intérêt supérieur de l'enfant, son droit d'être entendu et de voir son opinion prise en considération en est une composante : l'orientation concrète de l'intérêt supérieur ne peut être définie sans prise en considération de la parole de l'enfant entendu (A). C'est néanmoins au juge, titulaire du pouvoir juridictionnel, qu'il revient de prendre la décision finale (B).

A. L'opinion de l'enfant et son intérêt supérieur

107. Il s'agit ici d'analyser l'articulation des articles 3 et 12 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant. Parce qu'elle figure dans la liste d'éléments de la convention constituant le contenu normatif de l'intérêt supérieur de l'enfant, la prise en considération de son opinion participe à son intérêt supérieur conçu *in abstracto*. Ainsi, il est dans l'intérêt supérieur des enfants de manière générale – à condition qu'ils aient été entendus – de voir leur opinion prise en considération. Parce qu'imposer à un enfant une décision contre son gré risque d'appeler à la coercition, ce qui n'est généralement pas conforme à son intérêt supérieur, la prise en considération de son opinion participe également à son intérêt supérieur *in concreto*.

108. La prise en considération de l'opinion de l'enfant s'avère ainsi nécessaire pour évaluer son intérêt supérieur. Son statut de considération primordiale suppose que les prescriptions de l'article 12 soient respectées²⁷⁰, l'intérêt supérieur ne pouvant être défini à défaut, et « renforce la fonctionnalité de l'article 12 en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie²⁷¹ ». La lecture du Comité des droits de l'enfant, pour qui l'article 12 constitue au même titre que l'article 3 l'un des quatre principes généraux de la convention²⁷², révèle ainsi la prégnance de la prise en considération de l'opinion de l'enfant dans la définition de l'intérêt supérieur, et par conséquent dans la décision finale, qu'il doit orienter. La Cour de cassation souscrit à cette lecture, en censurant par exemple une cour d'appel n'ayant pas répondu à la demande d'audition du mineur que « la considération primordiale de l'intérêt

²⁷⁰ Comité des droits de l'enfant, obs. n° 14, *op. cit.*, p. 7.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Comité des droits de l'enfant, obs. n° 12, *op. cit.*, p. 4.

supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte²⁷³ ».

109. C'est donc seulement « en consultation avec l'enfant » que l'intérêt supérieur de ce dernier peut être établi²⁷⁴. A cet égard, Thomas HAMMARBERG, ancien commissaire suédois des droits de l'homme au Conseil de l'Europe, propose une méthode de détermination de l'intérêt supérieur. Cette méthode comprend deux étapes : examiner les clauses normatives de la convention, puis consulter l'enfant pour connaître son point de vue²⁷⁵. Si la première étape de définition abstraite de l'intérêt supérieur nous est à présent familière, la seconde étape, c'est-à-dire la mise en balance concrète de tous les droits en jeu, semble réduite ici à la consultation de l'enfant. Leur conciliation concrète requiert en effet la prise en considération de l'opinion de l'enfant, mais il convient de ne pas occulter les autres droits en cause qui doivent aussi être mis en balance, possiblement avec l'opinion, dans le cadre de l'appréciation *in concreto*.
110. C'est le poids majeur que peut parfois peser l'opinion dans la décision finale qui amène à s'interroger sur l'avènement d'un droit de l'enfant à l'autonomie personnelle. Déjà évoqué²⁷⁶, le droit à l'autonomie personnelle reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme consiste en la « faculté pour la personne humaine de mener sa vie comme elle l'entend²⁷⁷ ». Fondé sur le respect du droit à la vie privée, le droit à l'autonomie personnelle des enfants est exercé, pour la Cour de Strasbourg, « par le biais de leur droit à être consultés et entendus²⁷⁸ ». La mise en œuvre de l'article 12 implique donc le droit, certes limité, « de choisir comment conduire sa vie²⁷⁹ ». La jurisprudence de la Cour reflète son approche particulièrement libérale²⁸⁰. Dans certaines affaires, elle a pu accorder à l'opinion de l'enfant un poids extrêmement important, réduisant la détermination de son intérêt supérieur à la simple consultation de l'enfant. Dans une affaire *Hokkanen c. Finlande*²⁸¹, le père d'une enfant âgée d'un an et demi l'avait provisoirement confiée à ses grands-parents maternels, le temps de

²⁷³ Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-20613.

²⁷⁴ Comité des droits de l'enfant, obs. n° 14, *op. cit.*, pp. 6-7.

²⁷⁵ T. HAMMARBERG, *op. cit.*, p. 13.

²⁷⁶ V. *supra.*, n° 24 et 34.

²⁷⁷ H. HURPY, « Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne [Résumé de thèse] », *RDLF*, 2014, thèse n° 06.

²⁷⁸ CEDH, 1^{er} février 2018, *M.K. c. Grèce*, préc., point 74.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Notamment en matière d'enlèvement dans l'arrêt *M.K. c. Grèce* (v. *infra*, n° 144).

²⁸¹ CEDH, 23 septembre 1994, *Hokkanen c. Finlande*, n° 19823/92. La terminologie de « droit à l'autonomie personnelle » n'avait pas encore été usitée par la Cour à cette époque. La solution de la Cour et le poids qu'elle accorde à l'opinion de l'enfant en contient pourtant déjà les germes.

réorganiser son activité au décès de son épouse. Ces derniers refusent de lui rendre l'enfant. Le tribunal d'arrondissement fixe provisoirement la résidence de l'enfant chez ses grands-parents tout en octroyant un droit de visite au père, dont les grands-parents refusent l'exercice. La garde est finalement octroyée au père qui se heurte de nouveau à leur hostilité. Quatre ans plus tard, l'enfant étant âgée de huit ans, la garde est transférée aux grands-parents en raison des liens étroits qu'elle entretient avec eux et assortie d'un droit de visite pour le père, dont les grands-parents continuent d'empêcher l'exercice. Le père allègue une violation de l'article 8 de la convention par les autorités finlandaises, qui n'ont pas pris les mesures nécessaires pour permettre une réunion rapide avec sa fille. Après avoir relevé que les autorités finlandaises avaient d'abord estimé qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de développer des contacts avec son père nonobstant son refus de le rencontrer ainsi que « l'animosité entre les grands-parents et l'intéressé²⁸² », la Cour estime pourtant ne voir « aucune raison de mettre cette opinion en doute²⁸³ ». C'est ainsi que l'opinion d'une enfant de douze ans vivant avec des ascendants faisant preuve d'une hostilité considérable envers son père permet de priver celui-ci de son droit de visite. Cette solution est vivement critiquable. *Quid* de l'influence du discours des grands-parents sur l'opinion de l'enfant et du droit du père à entretenir des relations personnelles avec sa fille ? La Cour ne daigne pas répondre au grief de violation de l'article 5 du protocole 7 de la convention²⁸⁴ ni n'insiste sur le droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec son père, pourtant inclus dans le contenu normatif de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'enfant est-il alors toujours le meilleur interprète de son intérêt ?

B. La volonté de l'enfant et le pouvoir juridictionnel

111. Si l'intérêt supérieur de l'enfant doit donc être déterminé en consultation avec lui lorsqu'il est entendu, il revient toujours au juge de prendre la décision finale, notamment en fixant lui-même les modalités d'exercice du droit de visite. En cela, le « droit à l'autonomie personnelle » de l'enfant doit être tempéré : le juge a l'interdiction de se retrancher derrière la volonté de l'enfant pour éviter de trancher. Il est en effet unanimement admis qu'il ne convient pas de « laisser tous pouvoirs à l'enfant²⁸⁵ » et qu'en aucune façon le juge ne peut être lié par son opinion exprimée, comme l'atteste la circonstance que l'enfant, avant son audition par le juge, soit informé de ce

²⁸² Point 60.

²⁸³ Point 61.

²⁸⁴ Cela s'explique sans doute par le fait que l'article 5 du protocole n° 7 envisage le droit aux relations personnelles des parents avec l'enfant sous l'angle de l'égalité entre époux, ce dont il n'est pas question ici.

²⁸⁵ T. HAMMARBERG, *op. cit.*, p. 13.

qu'il « ne prendrait pas la décision finale d'aller résider chez l'un ou l'autre de ses parents ou sur les modalités du droit de visite et d'hébergement²⁸⁶ ». A cet égard, la Cour de cassation a pu affirmer que les dispositions du Code civil « n'imposent pas au juge de se conformer aux souhaits des enfants en ce qui concerne les modalités d'exercice de l'autorité parentale²⁸⁷ ». C'est donc bien le juge qui fixe les modalités d'exercice de l'autorité parentale, en prenant notamment en considération les « *sentiments exprimés par le mineur*²⁸⁸ ». L'absence d'obligation de préciser la teneur des propos de l'enfant entendu dans la décision finale²⁸⁹ va également en ce sens.

112. Pourtant, les juges du fond sont parfois tentés de subordonner leur décision à l'accord de l'enfant. Il a ainsi pu être jugé que le droit de visite octroyé « s'exercera librement sous réserve de l'accord des enfants²⁹⁰ », « sous la condition expresse que [les enfants] acceptent de voir leur père²⁹¹ » ou encore « à l'amiable au gré de [l'enfant]²⁹² ». Ces arrêts ont tous été censurés par la Cour de cassation au motif que « les juges, lorsqu'ils fixent les modalités d'exercice de l'autorité parentale d'un parent à l'égard de ses enfants, ne peuvent déléguer les pouvoirs que la loi leur confère²⁹³ ».

La cassation était prévisible. En prétendant fixer les modalités du droit de visite et d'hébergement sous réserve de l'acceptation par l'enfant, le juge ne fixe rien. Dans une situation où un enfant refuse de voir l'un de ses parents, il est sans doute tiraillé entre la « répugnan[ce] à supprimer toutes relations entre l'enfant et son parent²⁹⁴ » et celle de lui imposer un droit de visite dont il ne veut pas. Pour autant, il n'est ni conforme à la loi²⁹⁵ ni souhaitable de permettre au juge de se retrancher derrière l'opposition de l'enfant pour éviter d'exercer sa fonction première qui est de trancher le litige. Si le juge estime qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de continuer d'entretenir des relations avec le parent non attributaire de la garde, un

²⁸⁶ Information délivrée au début de l'audition et figurant dans un procès-verbal d'audition anonymisé du tribunal judiciaire de Val-de-Briey.

²⁸⁷ Civ. 2^e, 25 mars 1993, n° 91-21.248.

²⁸⁸ Article 373-2-11 C. civ.

²⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 22 octobre 2014, n° 13-24.945 : « [...] mais attendu que la cour d'appel, qui a pris en considération les sentiments exprimés par l'enfant au cours de son audition, n'était pas tenue d'en préciser la teneur [...] ».

²⁹⁰ Versailles, 17 juillet 2007.

²⁹¹ Lyon, 17 avril 1986.

²⁹² Angers, 13 février 1995.

²⁹³ Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, 07-19.767 ; V. aussi Civ. 2^e, 7 octobre 1987, n° 86-15.026 et 86-15.198 ; Civ. 2^e, 22 octobre 1997, n° 96-12.011. V. obs. F. CHENEDE, *AJ fam.* 2009.31.

²⁹⁴ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, D.2009.1918, obs. ss. Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, préc.

²⁹⁵ Article 373-2 C. civ.

accompagnement psychologique du mineur pour comprendre la cause de son refus pourrait être envisagé, plutôt que de lui abandonner la décision finale.

En outre, dès lors que la loi prévoit que seuls des « *motifs graves* » peuvent conduire à refuser au parent n'exerçant pas l'autorité parentale l'exercice du droit de visite et d'hébergement²⁹⁶, subordonner son efficacité à la volonté de l'enfant apparaît comme une solution *contra legem*. L'opportunité d'octroyer un droit de visite et d'hébergement à l'un des parents contre la volonté de l'enfant peut certes se discuter. Mais le risque d'influence du parent attributaire de la garde est bien trop élevé pour risquer que « le respect de la volonté de l'enfant ne conduise en pratique à l'éviction d'un parent sous l'influence d'un autre²⁹⁷. » Cependant, il est incontestable que plus l'enfant est âgé, plus il est difficile de l'y contraindre. S'il est concevable et même souhaitable que sa volonté prenne progressivement de l'importance dans l'appréciation de son intérêt supérieur à la mesure de son âge, c'est toujours au juge, et à lui seul qu'il appartient de trancher. Pour cette raison, nous ne souscrivons pas à la lecture du Comité des droits de l'enfant pour qui le très bas âge de l'enfant ne doit pas réduire le poids qu'il convient d'attribuer à ses vues lors de la détermination de l'intérêt supérieur²⁹⁸.

113. Au-delà de l'exécution du droit de visite, l'enjeu plus large est celui de la portée de l'opinion de l'enfant dans la décision du juge. A cet égard, force est de constater le décalage existant entre la théorie et la pratique. Alors qu'il appartient au juge, « seul censeur de l'intérêt de l'enfant²⁹⁹ », de décider de suivre ou non l'opinion de ce dernier, il apparaît que la majorité des décisions s'avère *in fine* conforme à la volonté de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant devant orienter la décision, ce constat révèle ainsi l'importance majeure accordée par le juge à l'opinion de l'enfant dans sa détermination. Néanmoins, il nous semble que cela s'explique davantage par la répugnance des juges à recourir à la coercition, plutôt que par la reconnaissance de ce que l'enfant serait le mieux placé pour définir son propre intérêt. Sur le plan théorique, l'opinion de l'enfant n'est qu'un « élément de fait parmi d'autres, soumis en cela au pouvoir d'appréciation des juges du fond³⁰⁰ ». Malgré l'importance pratique qui lui est accordée, il importe que le sort de l'opinion de l'enfant – sa « prise en considération » – reste le même, ne serait-ce que pour pouvoir l'écarter s'il s'avérait qu'elle est en fait teintée par le discours d'un parent cherchant à nuire à l'autre.

²⁹⁶ Article 373-2-1 al. 2 C. civ.

²⁹⁷ P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, 8^e éd., 2022, p. 842.

²⁹⁸ Comité des droits de l'enfant, obs. n° 14, *op. cit.*, p. 8.

²⁹⁹ F. CHENEDE (dir.), *Droit de la famille*, *op. cit.*, 235.181.

³⁰⁰ *Ibid.*

114. Le respect du droit de l'enfant de voir son opinion prise en considération dans toute décision qui le concerne est ainsi une condition de la détermination de son intérêt supérieur. Pour autant, ce droit doit nécessairement être mis en balance avec les autres droits qui composent son intérêt supérieur.

§ 2. La conciliation nécessaire de l'opinion de l'enfant avec les droits en présence

115. La nécessité de concilier le souhait exprimé de l'enfant avec les droits en présence se manifeste à deux endroits. D'abord, le droit prévu par l'article 12 de la convention des Nations-Unies, constitutif d'une composante de l'intérêt supérieur parmi d'autres, doit être concilié avec celles-ci dans l'évaluation (A). Ensuite, l'intérêt supérieur de l'enfant, que sa volonté a participé à définir, doit lui-même être concilié avec d'autres considérations, tout particulièrement avec le droit des parents de maintenir des relations personnelles avec leur enfant (B).

A. Les autres droits de l'enfant

116. Il a été établi que si l'opinion de l'enfant participe à la définition de son intérêt supérieur, celui-ci ne saurait s'y réduire. L'enjeu, qui tient donc à l'articulation des articles 12 et 3 de la convention, consiste ainsi à concilier la prise en compte de la volonté de l'enfant avec l'efficacité des autres droits qui lui sont reconnus et qui concourent à son intérêt supérieur. En d'autres termes, il s'agit de savoir si le droit de l'enfant de voir son opinion prise en considération dans la décision devrait occuper le même rang que les autres ou peser davantage.

117. Pour le Comité des droits de l'enfant, le droit conféré par l'article 12 occupe une place prépondérante par rapport à d'autres composantes de l'intérêt supérieur. Parce qu'il est l'un des quatre principes généraux de la convention³⁰¹, en plus d'être un droit en soi, il « devrait également être pris en compte dans l'interprétation et l'application de tous les autres droits³⁰² ». Il est incontestable que la consultation d'un enfant capable de discernement suivie d'une prise en considération de son opinion est nécessaire à la détermination de son intérêt supérieur. Pour autant, l'opinion exprimée par l'enfant oriente-t-elle systématiquement vers son intérêt supérieur ? A cet égard, trois observations.

³⁰¹ Les autres étant le droit à la non-discrimination, le droit à la vie et au développement et la priorité accordée à l'intérêt supérieur.

³⁰² Comité des droits de l'enfant, obs. n° 12, *op. cit.*, p. 4.

Premièrement, il incombe de préciser que l'intérêt supérieur de l'enfant ne s'entend pas de son bien-être immédiat. Une décision prise en seule contemplation des effets à court terme sur l'enfant ne saurait prétendre poursuivre son intérêt supérieur. La mesure prise se devra certes, en toute hypothèse, d'être modulable. Mais une décision refusant un droit de visite à un parent au seul motif que l'enfant ne souhaite pas le voir risque d'endommager leur relation sur le long terme, alors que le souhait de l'enfant ne portera que sur le présent³⁰³, sans envisager les implications futures sur la relation avec son parent.

Deuxièmement, la réflexion du Comité semble omettre le fait que l'opinion exprimée par l'enfant puisse être influencée par un parent cherchant à évincer l'autre. Tel était le cas dans l'affaire *Hokkanen c. Finlande*, où l'hostilité de l'enfant à l'égard de son père reflétait sans aucun doute celle des grands-parents maternels. Les situations où l'un des parents dénigre l'autre auprès de l'enfant sont nombreuses. Ne pas en tenir compte risque d'avoir pour effet de détourner la finalité initiale de l'article 12, un parent malintentionné pouvant être tenté de façonner l'opinion de l'enfant pour l'instrumentaliser.

Troisièmement, il se peut que la volonté de l'enfant aille directement à l'encontre de son intérêt supérieur. Prenons l'hypothèse du travail des enfants : un enfant très jeune dans un pays aux conditions de vie difficiles peut souhaiter travailler afin de participer à l'entretien de sa famille. Faut-il alors faire primer par principe sa volonté sur ses droits à l'éducation et à la santé ? Comme le souligne très justement une psychologue néozélandaise renommée, « si nous pensions honnêtement que les enfants pouvaient faire des choix appropriés et responsables, nous n'aurions pas d'âge de consentement pour l'intimité sexuelle, nous ne nous opposerions pas au travail des enfants ou aux enfants-soldats³⁰⁴ ». En outre, si les auteurs de la convention des Nations-Unies étaient convaincus que la volonté de l'enfant était systématiquement révélatrice de son intérêt supérieur, pourquoi avoir pris la peine de définir le reste de son contenu normatif ?

118. L'interprétation du Comité nous paraît donc devoir être relativisée. Par contraste³⁰⁵, il nous semble que l'hypothèse d'un conflit entre les articles 3 et 12 est tout à fait envisageable. Le plus souvent, ce conflit opposera la volonté de l'enfant à son droit de maintenir des relations

³⁰³ Dr S. CALVERT, in Conférence de La Haye, « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », Tome XXII, *op. cit.*, p. 18.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Comité des droits de l'enfant, obs. n° 12, *op. cit.*, p. 16 : « il n'y a pas de conflit entre les articles 3 et 12 ; ils énoncent deux principes généraux qui ont un rôle complémentaire ».

personnelles avec ses parents, consacré par l'article 9.3 de la convention³⁰⁶. Au vu des observations ci-dessus, dès lors qu'il est présumé dans l'intérêt supérieur de l'enfant de maintenir des contacts avec ses deux parents, il n'est pas souhaitable que sa seule opinion suffise à l'en priver. A cet égard, mentionnons la convention européenne du 15 mai 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants, qui vise à définir des principes généraux à appliquer aux décisions y relatives³⁰⁷ et dont l'article 6 prévoit que l'opinion de l'enfant et ses souhaits et sentiments doivent être « *dûment pris en compte* ». Le rapport explicatif précise qu'il « ne confère pas à l'enfant un droit absolu à consentir ou à s'opposer à l'établissement d'une décision relative aux relations personnelles le concernant car il n'est pas toujours conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de lui accorder un tel droit³⁰⁸. » Si cette convention n'est pas en vigueur pour la France, sa conception de la prise en considération de l'opinion de l'enfant nous semble néanmoins devoir être approuvée. Ainsi que l'a souligné le Comité des ministres de Conseil de l'Europe, « une justice adaptée aux enfants n'est pas une justice excessivement amicale et protectrice [ni n'abandonne] aux enfants la charge de prendre des décisions à la place des adultes³⁰⁹ ».

119. Replacer la volonté de l'enfant dans l'appréciation de son intérêt supérieur s'avère donc être une entreprise particulièrement délicate, en particulier lorsqu'il refuse de maintenir des relations personnelles avec l'un de ses parents. Parce que le maintien des relations personnelles comprend un second volet, son articulation avec la volonté de l'enfant est plus ardue encore.

B. Le droit des parents de maintenir des relations personnelles avec l'enfant

120. Envisagé jusqu'alors comme un droit de l'enfant, le maintien des relations personnelles s'entend également d'un droit dont ses parents sont titulaires, voire d'une obligation dont ils sont débiteurs. Plusieurs sources le consacrent³¹⁰. L'article 5 du protocole n° 7 de la convention

³⁰⁶ « *Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.* »

³⁰⁷ Article 1^{er}.

³⁰⁸ Rapport explicatif de la convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants, p. 15.

³⁰⁹ Conseil de l'Europe, *Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, *op. cit.*, p. 9.

³¹⁰ Inapplicable en France, l'article 4 de la convention sur les relations personnelles concernant les enfants dispose : « 1. Un enfant et ses parents ont le droit d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles régulières. 2. De telles relations personnelles ne peuvent être restreintes ou exclues que lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. [...] » Le rapport explicatif (p. 10) précise que « dans les cas où un enfant ayant un

européenne des droits de l'homme dispose que « *les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* », sans préjudice de l'intérêt de l'enfant. L'article 373-2 alinéa 2 du Code civil instaure l'obligation à la charge de chacun des parents de « *maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* ». Inspirée de l'article 9.3 de la convention des Nations-Unies³¹¹, cette disposition est pour cela présumée poursuivre l'intérêt supérieur de l'enfant. Fondée sur le principe de coparentalité, elle procède concrètement du constat selon lequel « un parent reste un parent³¹² » malgré la séparation et doit pouvoir, à ce titre, conserver ses liens avec l'enfant, étant « unanimement admis que l'intérêt de l'enfant est, sauf très rares exceptions, d'avoir des relations personnelles avec ses deux parents³¹³ ».

121. Lorsque l'exercice de l'autorité parentale est confié à un seul parent, l'autre parent ne perd donc pas le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses parents – il y est même tenu. En pratique, ce droit s'exerce par le biais du droit de visite et d'hébergement, que seuls des « *motifs graves* » peuvent conduire à évincer³¹⁴. Dans ce contexte, quelle place pour la volonté de l'enfant ? Pour la Cour de cassation, le refus de l'enfant de voir son père ne constitue pas un motif grave susceptible de justifier la suspension du droit de visite³¹⁵. Au vu de la sévérité de la Haute Juridiction quant à la caractérisation des motifs graves³¹⁶, il n'est pas surprenant que le refus de l'enfant ne suffise point. A cet égard, il a été observé à très juste titre que l'importance majeure du risque d'influence d'un parent justifie que le refus de l'enfant ne soit pas constitutif d'un motif grave : par l'influence du discours du parent titulaire de la garde sur la volonté de l'enfant, le parent titulaire du droit de visite risquerait de se voir évincé par le premier³¹⁷.

A cet égard, les déclarations effectuées par trois Etats parties à la convention des Nations-Unies relatives aux droits de l'enfant sont particulièrement intéressantes. Pour la

discernement suffisant refuse d'entretenir des relations personnelles avec un parent, il est possible que ces relations aient un effet défavorable sur l'enfant ».

³¹¹ A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, Thémis, 2022, p. 826.

³¹² P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 838.

³¹³ A. RICHEL-ONS, « Mieux assurer le respect des relations personnelles entre l'enfant et ses deux parents », section 8 du Rapport de recherche *Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire en Europe*, in H. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (Lyon, 2003), Bruylant, 2004, p. 497.

³¹⁴ Article 373-2-1 C. civ.

³¹⁵ Civ. 2^e, 29 avril 1998, n° 96-18460.

³¹⁶ A.-M. LEROYER, *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 841-842. Ne le sont plus : l'homosexualité, la transsexualité, le handicap, la séropositivité, l'incarcération, la prostitution.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 842.

Pologne, Singapour et Kiribati, le droit consacré à l'article 12 doit s'exercer « dans le respect de l'autorité parentale » et « conformément aux coutumes et traditions [nationales] concernant la place de l'enfant au sein de la famille et en dehors de celle-ci³¹⁸ ». Eu égard à la compréhension par ces Etats du droit de l'enfant d'être entendu, il est peu probable que la seule volonté de l'enfant puisse faire échec au droit des parents de maintenir des relations personnelles avec lui devant leurs juridictions.

122. La Cour européenne des droits de l'homme, consciente de cela, a pu statuer de manière bien plus nuancée que dans l'affaire précitée *Hokkanen c. Finlande*. En identifiant une obligation positive des Etats parties de prendre les mesures propres à réunir un parent avec son enfant, elle est consciente que « la rupture du contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent³¹⁹ ». L'article 8 implique ainsi un droit corrélatif du parent à ce que l'Etat prenne de telles mesures. La Cour fait preuve de réserve quant à l'importance à donner à l'opinion de l'enfant lorsqu'elle s'oppose au droit du parent de maintenir des relations personnelles avec lui. Ainsi, se plaçant non pas sur le terrain de l'article 5 du protocole n° 7 mais sur celui du respect au droit à une vie familiale de l'article 8, elle a pu juger que « si la jurisprudence de la Cour requiert la prise en compte de l'opinion de l'enfant, cette opinion n'est pas nécessairement immuable et les objections de l'enfant, qui doivent être dûment prises en compte, ne sont pas toujours suffisantes pour primer les intérêts des parents, notamment dans l'entretien de contacts réguliers avec l'enfant³²⁰ ». Elle avait déjà condamné la Finlande dont la Cour suprême avait « effectivement donné à l'enfant âgé de douze ans un droit de veto inconditionnel³²¹ », méconnaissant entièrement les droits du père au profit de la mère. La Cour s'oppose ainsi à ce que la prise en compte de l'opinion de l'enfant s'analyse en un véritable droit de prendre la décision d'entretenir ou non des contacts avec ses parents sans examen de son intérêt supérieur, lequel requiert normalement le maintien des liens entre l'enfant et sa famille sauf en cas de danger pour sa santé ou son développement³²².
123. L'enjeu ici n'est pas de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, mais de le concilier, en tant qu'« une considération primordiale » dans la décision, avec le droit des parents d'entretenir des liens avec leur enfant. Ce n'est donc pas l'opinion en tant que telle qui doit être conciliée avec

³¹⁸ Déclarations effectuées par ces trois Etats, accessibles en ligne sur le site des Nations-Unies.

³¹⁹ V. not. CEDH, 22 juin 2004, *Pini et al. c. Roumanie*, req. n° 78028/01 et 78030/01, point 175.

³²⁰ CEDH, 9 avril 2019, *A.V. c. Slovaquie*, req. n° 878/13, point 72 (traduction personnelle de l'anglais).

³²¹ CEDH, 9 mai 2006, *C. c. Finlande*, req. n° 18249/02, point 58 (traduction personnelle de l'anglais).

³²² CEDH, 14 mars 2017, *K. B. et al. c. Croatie*, req. n° 36216/13, point 143 (traduction personnelle de l'anglais).

les intérêts des parents, mais l'intérêt supérieur tel que défini notamment par la prise en compte de l'opinion. La Cour européenne des droits de l'homme l'a par ailleurs précisé³²³. Ainsi, l'opinion est, dans un premier temps, conciliée avec le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses parents. Dans un second temps, cette conciliation réalisée, l'intérêt supérieur de l'enfant est concilié avec d'autres considérations, dont les droits des parents. Dès lors, la seule volonté de l'enfant ne devrait jamais entrer en conflit avec le droit des parents : c'est son intérêt supérieur qui est susceptible de s'y opposer. Dans ce cas, il conviendra bien sûr de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant, mais pas avant d'avoir mené un examen complémentaire replaçant l'opinion dans le contexte plus large de l'intérêt supérieur.

124. **Conclusion du chapitre.** L'intérêt supérieur de l'enfant est une notion particulièrement floue. Il s'entend, *in abstracto*, de la somme des droits reconnus à l'enfant, désignée comme le contenu normatif. L'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant requiert de sélectionner, parmi ces droits, ceux qu'une situation donnée met en jeu, puis de les hiérarchiser pour faire primer le besoin qui doit être satisfait en priorité. Il peut également arriver que le législateur ait édicté une règle présumée concourir à l'intérêt supérieur de l'enfant, auquel cas l'appréciation concrète ne peut qu'intervenir exceptionnellement. Si l'intérêt supérieur de l'enfant doit être établi en consultation avec lui, cela ne peut en aucun cas aboutir à une délégation du pouvoir juridictionnel. En outre, le droit de l'enfant de voir son opinion prise en considération doit être concilié avec ses autres droits dans la détermination de son intérêt supérieur, dont il n'est pas systématiquement le meilleur interprète. Il doit encore être concilié avec le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents, tous trois titulaires de ce droit. Une dernière considération amène à l'étape suivante de la réflexion. Le non-respect du droit d'un parent au maintien des relations personnelles avec l'enfant présente le risque que ce parent, découragé, soit tenté d'agir illicitement pour voir son enfant. Assurer le maintien des relations personnelles par le biais de l'effectivité du droit de visite participe ainsi à prévenir l'enlèvement d'enfants, dont on sait les conséquences traumatisantes³²⁴. Pour cette raison, le respect du droit de visite et le principe du retour immédiat de l'enfant enlevé sont « deux objectifs qui prennent leurs racines dans une même préoccupation » : éviter le déplacement illicite en éradiquant une de ses causes les plus fréquentes et le priver d'effet lorsqu'il a néanmoins lieu³²⁵.

³²³ V. *supra*, CEDH, *K.B. et al. c. Croatie*, 14 mars 2017, préc., point 143.

³²⁴ A. RICHEZ-PONS, « Mieux assurer le respect des relations personnelles entre l'enfant et ses deux parents », *op. cit.*, p. 499.

³²⁵ E. PEREZ-VERA, Rapport explicatif de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, p. 5.

Chapitre 2. L'opinion de l'enfant en cas d'enlèvement international

125. Si la prise en compte de la volonté de l'enfant est délicate dans la procédure au fond, elle l'est plus encore dans le contexte d'un enlèvement international d'enfants ou d'un non-retour illicite. L'enlèvement ou le non-retour illicite, au sens de la convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, suppose la réunion de deux éléments : un déplacement ou un non-retour en violation d'un droit de garde attribué par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et l'exercice effectif de ce droit de garde³²⁶. Acte perpétré par un parent dont le droit de visite n'est pas respecté ou qui n'en dispose pas, ou par un parent soucieux de protéger l'enfant du comportement de l'autre parent, l'enlèvement ou le non-retour illicite est source de conséquences dramatiques pour l'enfant arraché à son milieu de vie. Au niveau international, les Etats ont estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant commande son retour immédiat dans l'Etat de sa résidence habituelle. L'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant enlevé (**section 1**) puis la question de l'importance qu'il convient de donner à l'opposition de l'enfant à son retour (**section 2**) retiendront successivement notre attention.

Section 1. L'intérêt supérieur de l'enfant enlevé

126. Dans le contexte d'un enlèvement ou d'un non-retour illicite, la convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après « convention de La Haye ») a fait du retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle un principe présumé conforme à son intérêt supérieur (§1). Cette présomption peut cependant être renversée par la prise en compte d'éléments concrets permettant de faire exception au principe du retour immédiat (§2).

§ 1. L'intérêt supérieur *in abstracto* : le principe du retour immédiat

127. Le déplacement et le non-retour illicite font partie des situations pour lesquelles les Etats ont jugé opportun d'adopter une règle abstraite et générale définissant le contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ratifiée par plus d'une centaine de pays, la convention de La Haye a pour

³²⁶ Article 3.

objet « *d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant*³²⁷ ». Le retour immédiat a été privilégié par les négociateurs du texte, pour son aptitude à favoriser l'accomplissement des deux objectifs de la convention. Le premier, de nature préventive, est de dissuader le parent, *a priori*, de procéder à l'enlèvement en privant d'effet son action illicite. Le second, de nature curative, est de favoriser, *a posteriori*, la réintégration rapide de l'enfant dans son milieu.

128. Ces deux objectifs dessinent les contours de la « conception déterminée de l'intérêt supérieur de l'enfant³²⁸ » retenue par les auteurs de la convention. Elle s'entend de la manière suivante.

En premier lieu, il n'est jamais dans l'intérêt de l'enfant d'être déplacé. La convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant impose à cet égard aux Etats parties de « [prendre] des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfant à l'étranger³²⁹ » et encourage, à cette fin, la conclusion de conventions internationales. Le droit de l'enfant de ne pas être déplacé ou retenu figurerait ainsi « parmi les manifestations les plus objectives de ce qui constitue [son] intérêt³³⁰ ». A cette fin, la convention limite la compétence de l'Etat de refuge, qui ne peut statuer que sur le retour de l'enfant, sans effet sur le fond de l'affaire qui doit être débattu dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant avant la commission de la voie de fait³³¹. C'est la tentation du parent enleveur de choisir un for plus favorable à ses intérêts qui a conduit à l'adoption d'une telle perspective de dissuasion : conscient de la possibilité « d'établir des liens plus ou moins artificiels de compétence judiciaire³³² » avec un for qui appliquera une loi plus favorable, le parent peut être tenté d'agir ainsi pour obtenir ensuite une décision régularisant *a posteriori* son action illicite.

En second lieu, en cas de déplacement ou de non-retour illicite, il est toujours dans l'intérêt de l'enfant de retourner au plus vite dans son environnement habituel. Comme l'a très justement souligné feu Adair DYER, avocat et ancien secrétaire général adjoint à la Conférence de La Haye, c'est *in fine* l'enfant qui est victime de l'enlèvement : c'est lui qui subit la perte de son équilibre, la séparation du parent avec lequel il vivait et qui se voit forcé de s'adapter à une langue et à une culture nouvelles³³³. La limitation des conséquences nuisibles du déplacement ou du non-retour illicite à l'égard de l'enfant ne peut donc passer que par le rétablissement

³²⁷ Article 1^{er} a).

³²⁸ E. PEREZ-VERA, *op. cit.*, p. 7.

³²⁹ Article 11.1.

³³⁰ E. PEREZ-VERA, *op. cit.*, p. 7.

³³¹ Article 12.

³³² E. PEREZ-VERA, *op. cit.*, p. 4.

³³³ *Ibid.*, p. 7.

immédiat du *statu quo*. A cette fin, la convention impose au juge de l'Etat de refuge d'ordonner le retour immédiat³³⁴.

129. Au stade de la détermination *in abstracto* de l'intérêt supérieur de l'enfant, la priorité est donc donnée à son intérêt de ne pas être déplacé et de continuer d'évoluer dans son milieu habituel. Cette prise de parti a l'avantage louable d'éviter que soit débattu le contenu de l'intérêt supérieur devant le juge de l'Etat de refuge³³⁵, rallongeant la procédure. Même si le corps de la convention ne contient aucune référence explicite à l'intérêt supérieur de l'enfant, le rapport explicatif précise qu'elle procède de l'objectif de lutte contre l'enlèvement international d'enfants et se fait, à cette fin, « l'interprète de leur véritable intérêt³³⁶ ». Pour autant, les auteurs du texte étant conscients que le déplacement peut, dans certaines circonstances, s'avérer justifié, des exceptions au principe du retour immédiat de l'enfant ont été introduites. « Manifestations concrètes du principe trop imprécis qui proclame que l'intérêt de l'enfant est le critère vecteur en la matière³³⁷ », ces exceptions résultent du constat par les auteurs de la nécessité de prendre en compte les circonstances concrètes dans l'appréciation de l'intérêt supérieur d'un enfant.

§ 2. L'intérêt supérieur *in concreto* : les exceptions au principe

130. Face au constat inévitable que, dans certains cas, le déplacement ou le non-retour illicite s'avère justifié, voire nécessaire, ou que le retour aurait des effets plus nuisibles encore sur l'enfant, les auteurs de la convention ont admis que certaines circonstances concrètes puissent remettre en cause le présupposé selon lequel le retour immédiat est toujours conforme à l'intérêt de l'enfant (A). Tel est notamment le cas lorsque le retour exposerait l'enfant à un risque grave de danger (B).

A. Le correctif exceptionnel de l'appréciation *in concreto*

131. Si l'intérêt supérieur *in concreto* de l'enfant peut justifier le non-retour, le principe reste bien celui du retour immédiat (1). Cette détermination abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant est

³³⁴ Article 12. Le retour immédiat doit être ordonné dans tous les cas, mais si un délai supérieur à un an s'est écoulé depuis le déplacement ou le non-retour illicite, le retour n'est ordonné que s'il n'est pas établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

³³⁵ C. AVASILENCEI, note ss. CEDH, 1^{er} juillet 2014, *Blaga c. Roumanie*, req. n° 54443/10, in *Rev. crit. DIP* 2015.420, n° 5.

³³⁶ E. PEREZ-VERA, *op. cit.*, p. 6.

³³⁷ *Ibid.*, p. 7.

mise à l'épreuve par la Cour européenne des droits de l'homme et l'approche concrète qu'elle prône en la matière (2).

1. La place restreinte des exceptions au retour

132. La convention de La Haye adopte donc une approche abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant : son « idée de base³³⁸ » est celle du retour immédiat. Dès lors, le renversement de la présomption selon laquelle le retour immédiat de l'enfant concourt à son intérêt supérieur viderait de son essence le mécanisme conventionnel en lui substituant une approche casuistique. Pour autant, les auteurs ont admis que l'intérêt supérieur concret d'un enfant peut s'opposer à la conception déterminée qu'ils en ont.
133. Si une place a certes été laissée pour un correctif exceptionnel de l'intérêt supérieur abstraitement conçu, son étendue est la preuve que les auteurs de la convention étaient peu favorables à une approche casuistique. En effet, aux termes de l'article 18 du texte, les cas d'exception au retour « *ne limitent pas le pouvoir de l'autorité judiciaire ou administrative d'ordonner le retour de l'enfant à tout moment* ». Le rapport explicatif précise en outre que les exceptions « doivent être interprétées restrictivement si l'on veut éviter que la convention devienne lettre morte³³⁹ ». L'attachement à la présomption selon laquelle l'intérêt supérieur de l'enfant commande son retour immédiat justifie ainsi leur encadrement, afin d'éviter le renversement du principe et de ses exceptions³⁴⁰. La convention, ainsi, « relègue la prise en considération de la situation concrète au rang d'exception³⁴¹ ». Cette approche a le mérite de la cohérence : prétendre définir le contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant n'aurait pas de sens si la réponse de l'autorité était toujours tributaire des circonstances du cas.
134. La primauté de la détermination abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant est pourtant remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne partage pas la conception des auteurs de la convention de La Haye consistant à faire primer l'intérêt à long terme de l'enfant,

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*, p. 9.

³⁴⁰ F. MARCHADIER, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *Rev. crit. DIP* 2007.677, n° 23.

³⁴¹ P. KLOTGEN, « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », in H. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, op. cit., p. 340.

qui est de n'être pas déplacé et d'avoir des contacts avec ses deux parents, sur son possible intérêt immédiat de rester avec le parent enleveur³⁴².

2. L'interférence de la Cour européenne des droits de l'homme

135. Les règles abstraites et générales n'ont pas la faveur de la Cour de Strasbourg et les affaires d'enlèvement international d'enfants ne font pas exception. Dans une affaire *Neulinger c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l'homme condamne le principe du retour automatique de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant « dépend[ant] en effet de plusieurs circonstances individuelles », il doit s'apprécier au cas par cas, ce qui commande à la juridiction de se livrer à « un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical » afin de « procéd[er] à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs », le but étant de déterminer « la meilleure solution pour l'enfant enlevé³⁴³ ». Dès lors, la présomption générale selon laquelle le retour immédiat correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas conforme à l'article 8 de la convention, lequel requiert les juridictions nationales de concilier les intérêts en présence. Elle ne satisfait pas à l'exigence d'une analyse « non pas automatique et stéréotypée, mais suffisamment circonstanciée³⁴⁴ ».
136. Cette approche casuistique³⁴⁵ conduit donc à fragiliser la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant posée par la convention de La Haye, en renversant la dialectique du principe et des exceptions. Alors que les auteurs concevaient les exceptions comme des correctifs ponctuels circonscrits aux cas où l'application du principe contredit manifestement l'intérêt supérieur de l'enfant, la lecture de la Cour de Strasbourg de la notion a pour effet d'écarter le principe au profit d'une appréciation concrète systématique.

³⁴² A. CORNEC, « Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant », *Journal du droit des jeunes*, vol. 303, no. 3, p. 42.

³⁴³ CEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger c. Suisse*, req. n° 41615/07, point 138. V. aussi CEDH, 26 novembre 2013, *X. c. Lettonie*, req. n° 27853/09 ; CEDH, 3 mai 2012, *Ilker Ensar Uyanik c. Turquie*, req. n° 60328/09 ; CEDH, 6 décembre 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, req. n° 39388/05.

³⁴⁴ CEDH, 26 novembre 2013, *X. c. Lettonie*, préc., point 107.

³⁴⁵ V. R. LEGENDRE, thèse préc., n° 233 et s.

B. L'exception au retour fondée sur le risque grave

137. Au total, cinq exceptions permettent de justifier le refus de retour de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle : l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu après l'écoulement d'un délai d'un an depuis le déplacement ou le non-retour illicite³⁴⁶, l'absence d'exercice effectif du droit de garde par le parent titulaire ou son acquiescement au déplacement ou au non-retour³⁴⁷, l'existence d'un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou, de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable³⁴⁸, l'opposition de l'enfant à son retour³⁴⁹ et la violation des principes fondamentaux de l'Etat de refuge³⁵⁰. Deux d'entre elles nous retiendront particulièrement : il s'agit des exceptions relatives au risque grave de danger et à l'opposition de l'enfant. La seconde nous retiendra ultérieurement.
138. En introduisant l'exception relative au risque grave, les auteurs ont repensé la hiérarchisation des intérêts : par l'article 13 alinéa 1 lettre b), « l'intérêt de l'enfant de ne pas être déplacé de sa résidence habituelle [...] cède le pas devant l'intérêt primaire de toute personne de ne pas être exposée à un danger physique ou psychique, ou placée dans une situation intolérable³⁵¹. » Garde-fou bienvenu dans les situations où l'un des parents enlève l'enfant pour le préserver du comportement dangereux de l'autre, il n'en reste pas moins que l'exception telle qu'initialement conçue devait s'entendre de manière stricte. L'emploi des adjectifs « grave » et « intolérable » corrobore une lecture restrictive³⁵². Si la jurisprudence française récente adopte aujourd'hui cette lecture, tel n'a pas toujours été le cas. La Cour de cassation avait en effet pu considérer que le risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable pouvait résulter d'un nouveau changement dans les conditions de vie de l'enfant³⁵³. En plus d'attacher des effets à la voie de fait illicite perpétrée par le parent enleveur, cette solution, contraire à l'esprit des rédacteurs du texte³⁵⁴, vidait le mécanisme conventionnel de sa substance en accordant une

³⁴⁶ Article 12 al. 2.

³⁴⁷ Article 13 al. 1^{er} a)

³⁴⁸ Article 13 al. 1^{er} b).

³⁴⁹ Article 13 al. 2.

³⁵⁰ Article 20.

³⁵¹ E. PEREZ-VERA, *op. cit.*, p. 8.

³⁵² A. CORNEC, *op. cit.*, p. 42.

³⁵³ Civ. 1^{ère}, 22 juin 1999, n° 98-17.902. V. aussi Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, n° 93-15.495 : la cour d'appel a souverainement relevé que « la séparation, compte tenu du très jeune âge de l'enfant et des circonstances qui l'ont amené à vivre en sa seule présence depuis plus d'un an, serait vécue comme un deuil par l'enfant » et le retour l'exposait donc à un « danger psychique caractérisé ».

³⁵⁴ F. CHENEDE (dir.), *Droit de la famille*, *op. cit.*, 535.113.

place trop importante à l'exception au retour. Son appréciation, critiquée par la doctrine³⁵⁵, s'est désormais durcie³⁵⁶. La circonstance que le retour requière des « efforts de réadaptation³⁵⁷ » de la part de l'enfant n'est plus susceptible de caractériser un risque grave ou de le placer dans une situation intolérable, pas plus que celle que le père soit « très pris par son activité professionnelle », qu'il n'ait exercé que peu son droit de visite et que l'enfant ne le connaisse pas³⁵⁸. Le fait que le retour « remettrait en cause le nouvel équilibre de l'enfant et générerait des difficultés d'organisation des relations avec sa mère » ne l'est pas davantage³⁵⁹. Ce durcissement dans l'application de l'exception relative au danger est plus conforme à l'esprit de la convention, qui est de priver d'effet le déplacement ou le non-retour illicite³⁶⁰.

139. L'exception relative au danger a en outre été interprétée par la Cour de cassation en lien avec l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant à son retour. Parce qu'elle fonde notre proposition de réécriture de l'article 13 alinéa 2, cette jurisprudence sera étudiée ultérieurement³⁶¹. Cela amène à se pencher sur la place de la volonté de l'enfant dans le cadre de la procédure de retour.

Section 2. L'opposition au retour de l'enfant enlevé dans l'appréciation de son intérêt supérieur

140. L'opportunité de procéder à l'audition de l'enfant en cas d'enlèvement international ou de non-retour illicite a déjà été mise en doute³⁶². Conséquence d'une situation de « confrontation totale entre les époux, qui n'ont plus d'autre moyen de se faire du mal l'un à l'autre³⁶³ », l'impératif de célérité de la procédure de retour en fait un moment relativement mal choisi. Il est ici question du poids de la volonté de l'enfant dans la procédure de retour. Son opposition peut

³⁵⁵ V. not. S. DEIS-BEAUQUESNE, « L'article 13 b alinéa 1^{er} de la Convention de La Haye en question devant les juridictions françaises », *AJ fam.* 2002/10, p. 324.

³⁵⁶ Pour une application récente, v. Civ. 1^{ère}, 30 novembre 2022, n° 22-16.976.

³⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 20 janvier 2010, n° 08-18.085.

³⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2016, n° 16-20.858.

³⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, n° 11-28.424.

³⁶⁰ A cet égard, la Cour de cassation a pu censurer une cour d'appel qui applique l'article 13 b) après avoir relevé que la mère a, de son fait, placé les enfants en danger affectif et moral en les éloignant de leur père (Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n° 10-19.905).

³⁶¹ V. *infra*, § 2.

³⁶² V. *supra*, n° 50.

³⁶³ T. PAPAIZISSI, « La prise en compte de la parole de l'enfant qui s'oppose à son retour », in H. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, *op. cit.*, p. 361.

fonder le refus de la juridiction de l'Etat de refuge d'ordonner son retour dans l'Etat de sa résidence habituelle. Au terme de l'étude du dispositif de la convention de La Haye (§1), il sera proposé de repenser l'exception au retour fondée sur l'opposition de l'enfant (§2).

§ 1. Le dispositif de la convention de La Haye de 1980

141. La convention de La Haye ouvre à l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat de refuge la faculté de refuser d'ordonner le retour de l'enfant « *si elle constate 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*³⁶⁴ » (A). Cette exception appelle plusieurs critiques (B).

A. L'exception au retour fondée sur l'opposition de l'enfant

142. L'exception fondée sur l'opposition de l'enfant (1) a notamment été interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme (2). Son application dans la jurisprudence française reflète une certaine réserve (3).

1. L'exposé de l'exception

143. L'objectif de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant à son retour est de lui permettre, sous réserve de son âge et de sa maturité, « de se faire interprète de son propre intérêt³⁶⁵ ». Les rédacteurs de la convention avaient en effet à l'esprit l'hypothèse d'un adolescent âgé de quinze ou seize ans s'opposant à son retour, auquel il est « difficilement acceptable³⁶⁶ » d'imposer un retour contre sa volonté. L'exception est donc sous-tendue par la considération, qui s'inscrit dans l'intérêt supérieur de l'enfant, selon laquelle le retour n'a pas lieu d'être ordonné si l'enfant approuve son nouveau cadre de vie³⁶⁷. Faute de consensus sur un âge minimum à partir duquel l'opinion devrait être prise en compte, le jeu de l'exception requiert que l'enfant ait atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion, le caractère « artificiel, voire arbitraire » d'un tel seuil ayant été souligné³⁶⁸. La condition du discernement

³⁶⁴ Article 13 al. 2.

³⁶⁵ E. PEREZ-VERA, *op. cit.*, p. 8.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ E. GALLANT, « Enlèvement international d'enfants : la convention de La Haye du 25 octobre 1980 – Droit général de l'enlèvement international d'enfants », *JCl. Droit international*, Fasc. 549-30, 19 juillet 2010, n° 94.

³⁶⁸ E. PEREZ-VERA, *op. cit.*, p. 8.

ressurgit peu ou prou ici, non pas en tant que condition pour être entendu, mais pour prendre la décision, puisque c'est, au fond, de cela qu'il s'agit³⁶⁹.

L'exception fondée sur l'opposition de l'enfant a, en outre, vocation à jouer de manière autonome. Le lien réalisé par la jurisprudence entre l'opinion de l'enfant et l'exception relative au risque grave, subordonnant la portée du refus de retour de l'enfant à l'existence d'un danger, avait suscité des interrogations à cet égard. Néanmoins, il ressort tant de la lettre de la disposition que du rapport explicatif que l'opposition de l'enfant constitue une exception autonome au principe du retour immédiat, un alinéa distinct lui ayant été consacré³⁷⁰.

Enfin, le refus d'ordonner le retour en raison de l'opposition de l'enfant n'est en aucun cas une obligation pour le juge. Il lui appartient d'apprécier souverainement le poids qu'il convient d'accorder au refus de l'enfant, sans jamais être tenu de le suivre.

2. L'encadrement de l'exception par la Cour européenne des droits de l'homme

144. Saisie dans le cadre d'affaires d'enlèvement international d'enfants, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer plusieurs fois sur le sens et la portée de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant. L'affaire *Sophia Gudrun Hansen c. Turquie*³⁷¹ met en lumière la nécessité de s'assurer que le refus émane de l'enfant lui-même et n'est pas le produit de pressions exercées par le parent enleveur, perceptibles ici par un discours répétitif frappant³⁷². Dans une affaire *Maumousseau et Washington c. France*³⁷³, la Cour a précisé que la réalisation de l'objectif de la convention de La Haye « implique que les exceptions [...] doivent être d'interprétation stricte ». L'exception fondée sur l'opposition de l'enfant n'y fait pas exception.

Il ressort de deux arrêts ultérieurs, *Raw c. France*³⁷⁴ et *Blaga c. Roumanie*, que la Cour tempère la portée de l'opposition de l'enfant. Ainsi, l'opposition des enfants « ne fait pas nécessairement obstacle à leur retour », même s'il est admis l'intérêt supérieur de l'enfant

³⁶⁹ P. KLOTGEN se montre critique face à la terminologie utilisée, « tenir compte de », « prendre en considération », qui introduit des distinctions subtiles dont il questionne l'opportunité « face à un choix finalement si binaire », in H. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, op. cit., p. 346.

³⁷⁰ E. GALLANT, *JCl. Droit international*, op. cit., n° 95. V. aussi E. GALLANT, « De l'action en retour malgré l'opposition de l'enfant », *Rev. crit. DIP* 2007.96, n° 9.

³⁷¹ CEDH, 23 septembre 2003, *Sophia Gudrun Hansen c. Turquie*, req. n° 36141/97, in H. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, op. cit., p. 358.

³⁷² « *I want to enjoy the Islamic way of life* ».

³⁷³ CEDH, 6 décembre 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, préc., point 73.

³⁷⁴ CEDH, 7 mars 2013, *Raw et al. c. France*, req. n°10131/11, point 94 et CEDH, 1^{er} juillet 2014, *Blaga c. Roumanie*, préc., point 80.

s'oppose au recours à la coercition³⁷⁵. Dans la mesure où la convention ne requiert pas le juge d'accéder automatiquement au souhait de l'enfant même s'il a atteint une maturité et un âge suffisants, l'opinion de l'enfant ne saurait constituer un veto dans la procédure de retour³⁷⁶.

Les contours de l'office du juge ont ensuite été précisés dans une affaire *Gajtani c. Suisse*³⁷⁷, dans laquelle la Cour a déduit de la lettre de l'article 13 alinéa 2 que le refus de retour en cas d'opposition de l'enfant constitue une « faculté » pour les autorités et non une obligation, et que celles-ci « jouissent dans ce domaine d'une certaine latitude ».

Enfin, la portée de l'opposition de l'enfant a été à nouveau précisée dans une affaire *Rouiller c. Suisse*³⁷⁸ : la Cour a approuvé le Tribunal fédéral suisse d'avoir estimé que « la convention de La Haye ne confère pas à l'enfant la possibilité de librement choisir l'endroit où il veut vivre », sans que son raisonnement soit jugé « arbitraire ou déraisonnable ». Une affaire récente *S.N. et M.B.N. c. Suisse*³⁷⁹ illustre l'application par la Cour de ses propres directives d'interprétation³⁸⁰.

145. Pourtant, dans l'affaire précitée *M.K. c. Grèce*, la Cour avait accordé un poids « inédit³⁸¹ », voire démesuré, à l'opinion de l'enfant. Les juridictions grecques avaient octroyé la garde des deux enfants à la mère et un droit de visite au père, qui refusait de rendre les enfants. La mère, vivant désormais en France, avait obtenu du juge français que la résidence du plus jeune enfant soit fixée chez elle. Au cours de l'exercice du droit de visite en Grèce, le père refusa de rendre l'enfant et d'exécuter le retour ordonné par les juridictions grecques. La mère invoquait donc devant la Cour une violation du droit au respect de sa vie familiale. L'enfant, entendu dans la

³⁷⁵ En l'espèce, la Cour estime que des mesures coercitives auraient pu être prises à l'encontre du père enleveur, les autorités françaises n'ayant pas donné suite à la plainte pour non-représentation d'enfants déposée par la mère (point 93). V. cependant F. MARCHADIER, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *op. cit.*, n° 35 : « si la contrainte devient le seul moyen de réaliser l'objet et le but de la coopération, alors la mise en œuvre efficace de mesures d'exécution s'impose ».

³⁷⁶ CEDH, 1^{er} juillet 2014, *Blaga c. Roumanie*, préc., points 80 et 81 (traduction personnelle de l'anglais).

³⁷⁷ CEDH, 9 septembre 2014, *Gajtani c. Suisse*, req. n° 43730/07, point 108.

³⁷⁸ CEDH, 22 juillet 2014, *Rouiller c. Suisse*, n° 3592/08, point 73.

³⁷⁹ CEDH, 23 novembre 2021, *S.N. et M.B.N. c. Suisse*, n° 12937/20, points 112 à 115.

³⁸⁰ Après avoir rappelé le statut « d'élément clé » de la volonté de l'enfant assorti du tempérament selon lequel son opposition au retour n'y fait pas nécessairement obstacle, elle approuve le Tribunal fédéral suisse de n'avoir pas tenu compte de l'opposition de l'enfant, âgée de sept ans, qui « n'apparaissait pas avoir atteint une maturité suffisante pour être capable de distinguer le fait d'habiter en Thaïlande de celui de loger chez ou à proximité de son père » et « aurait refusé de toute façon toute forme de retour et sans nuance. » L'enfant ayant par ailleurs été entendue par plusieurs professionnels en première instance et ayant été jugée comme incapable de saisir la différence entre la procédure en cause et les questions relatives à la garde et à l'autorité parentale, « rien d'arbitraire ou déraisonnable » n'est à relever. Ces affaires reflètent ainsi une certaine méfiance de la Cour de Strasbourg face à une interprétation trop souple de l'exception au retour fondée sur l'opposition de l'enfant.

³⁸¹ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 130.

procédure de retour en France, ne s'était pas opposé à son retour, mais avait simplement déclaré « se sentir un peu seul ». Un an plus tard, il exprima son souhait de rester en Grèce, évoquant sa « fatigue, sa tristesse concernant le conflit [et sa] colère contre sa mère en raison de l'insistance de celle-ci de le faire revenir en France³⁸² ». La Cour estime que l'enfant ayant atteint l'âge de discernement, « sa volonté ne pouvait que peser lourdement sur les choix offerts aux autorités³⁸³ » ; son intérêt supérieur s'opposant à l'emploi de mesures coercitives, il convenait de ne pas le contraindre au retour.

Non seulement la Cour consacre à demi-mot le veto de l'enfant qu'elle avait refusé de reconnaître, mais elle permet en outre que son opposition au stade de l'exécution de la décision ordonnant le retour puisse l'empêcher, donnant par là « un poids doublement inédit³⁸⁴ » à l'opinion de l'enfant. En outre, la Cour ne semble pas tenir compte de l'élément temporel dans cette affaire. Plus le temps s'écoule, plus l'opinion de l'enfant est susceptible d'être influencée par le discours du parent enleveur. La preuve en est que l'enfant n'était pas, initialement, opposé à son retour. L'opposition de l'enfant semble donc avoir été toute puissante dans cette affaire³⁸⁵.

Comme le souligne à juste titre le juge WOJTYCZEK dans une opinion dissidente, la Cour « passe sous silence le fait que l'enfant est toujours fortement influencé » par le parent avec lequel il vit et qu'avec « le passage du temps, l'influence du parent exerçant la garde augmente » au détriment du rôle du second parent. Son observation selon laquelle « une attitude visant à préserver et à prolonger la garde de l'enfant par des faits accomplis, contraires au droit, joue au détriment du parent respectant le droit [et] très souvent, enfreint aussi l'intérêt supérieur de l'enfant³⁸⁶ », doit être approuvée. Telle solution est source d'incitation pour les parents à perpétrer des voies de fait illicites, qu'ils sauront susceptibles d'être consolidées ultérieurement. Il reste à espérer que l'affaire ultérieure *S.N. et M.B.N. c. Suisse* marque un retour à une appréhension plus mesurée de l'opposition de l'enfant.

3. L'exception dans la jurisprudence française

146. Le sort de l'opposition de l'enfant à son retour dans l'Etat de sa résidence habituelle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Si elle est peu fréquente, les enfants étant

³⁸² Point 87.

³⁸³ Point 88.

³⁸⁴ C. CHALAS, « Raison et sentiments en matière d'enlèvement international d'enfant : quel équilibre dans les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation ? », *Rev. crit. DIP* 2019.111, spéc. p. 122.

³⁸⁵ Pour un commentaire de la décision, v. not. C. CHALAS, *op. cit.*

³⁸⁶ Point 3 de l'opinion dissidente.

généralement trop jeunes³⁸⁷, l'application de l'article 13 alinéa 2 est variable. Ainsi, l'opposition d'un enfant de « presque douze ans » à son retour, « tout à fait en mesure d'être entendue », a pu justifier le refus d'ordonner le retour³⁸⁸. De même pour l'opposition d'un enfant de quinze ans, dont la maturité a été jugée suffisante et dont l'intérêt supérieur « commandait de faire exception au principe du retour³⁸⁹ ». Dans d'autres affaires, l'effet de l'opposition de l'enfant à son retour est subordonné à l'existence d'un risque grave, c'est-à-dire au jeu de l'article 13 alinéa 1 lettre b), que la parole de l'enfant viendrait corroborer³⁹⁰. Certains juges ne tiennent pas compte de l'opinion de l'enfant, dont la maturité est jugée insuffisante³⁹¹ parce qu'il se trouve au milieu d'un conflit de loyauté³⁹² ou, plus simplement, parce qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur sa résidence³⁹³.

147. L'application des exceptions au retour relevant ainsi du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond³⁹⁴, la Cour de cassation ne peut qu'opérer un contrôle purement formel de leur motivation³⁹⁵, sans pouvoir se prononcer sur l'opportunité de mobiliser une exception au retour. On reviendra ultérieurement sur sa jurisprudence³⁹⁶.

B. La critique de l'exception au retour fondée sur l'opposition de l'enfant

148. Permettre aux autorités de l'Etat de refuge de refuser le retour de l'enfant sur le fondement de sa seule opposition, indépendamment de l'existence d'un danger, présente cependant de nombreux inconvénients aux conséquences potentiellement néfastes. A cet égard, des critiques de nature tant objective (1) que subjective (2) peuvent être formulées.

1. Les critiques de nature objective

149. Une première série de critiques, objectives, a trait à la situation dans laquelle l'enfant se trouve.

³⁸⁷ E. GALLANT, « De l'action en retour malgré l'opposition de l'enfant », *op. cit.*, n° 14.

³⁸⁸ Poitiers, 11 février 2009, n° 07/01152.

³⁸⁹ Paris, 1^{er} mars 2016, n° 15/11722.

³⁹⁰ V. not. Dijon, 15 janvier 2009, n° 08/02195 ; Amiens, 16 novembre 2017 ; Paris, 13 avril 2012, n° 12/06173.

³⁹¹ Pour une enfant âgée de sept ou huit ans, v. Bordeaux, 14 janvier 2004. Pour un enfant âgé de cinq ans, v. Agen, 6 novembre 2014, n° 14/01242. Pour un enfant âgé de sept ans, v. Paris, 22 mai 2008, n° 08/05966. Pour une enfant de neuf ans, Paris, 31 mai 2012, n° 12/05844.

³⁹² V. Dijon, 15 janvier 2009, préc. ; Amiens, 7 mars 2013, n° 11/03076.

³⁹³ Amiens, 27 janvier 1999, JCP 1999 IV 260.

³⁹⁴ V. not. Civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, n° 98-20.416 ; Civ. 1^{ère}, 20 novembre 2013, n° 12-26.725.

³⁹⁵ E. GALLANT, « De l'action en retour malgré l'opposition de l'enfant », *op. cit.*, n° 12.

³⁹⁶ V. *infra*, § 2.

D'abord, l'opportunité d'auditionner l'enfant en cas d'enlèvement international dans la procédure de retour a déjà été mise en cause. L'intérêt général de dissuasion ainsi que les impératifs d'automaticité et de rapidité du retour ne répondent-ils pas mieux à l'intérêt supérieur de l'enfant³⁹⁷ ? Tel n'est visiblement pas l'avis du législateur européen, le droit de l'enfant d'exprimer son opinion trouvant à s'appliquer également dans les procédures de retour³⁹⁸.

Ensuite, victime d'un enlèvement international, l'enfant se voit donner par l'article 13 alinéa 2 la possibilité de choisir celui de ses deux parents avec lequel il souhaite vivre, son seul souhait pouvant suffire à consolider la situation. Or, en l'absence de voie de fait illicite commise par le parent enleveur que celui-ci cherche ensuite à consolider, le seul souhait de l'enfant ne suffirait pas à fonder la décision fixant sa résidence habituelle chez l'un ou l'autre des parents. En d'autres termes, « la détermination de la résidence habituelle est un attribut de l'autorité parentale et sans le conflit, l'enfant n'aurait rien à dire³⁹⁹ ». Certains juges du fond refusent d'ailleurs de mobiliser l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant à son retour pour cette raison⁴⁰⁰. Cette critique est plus pertinente encore dans l'hypothèse, fréquente, où une décision au fond en matière de garde a déjà été rendue : l'enfant aura en principe été entendu et il aura été tenu compte de son opinion.

En outre, il a déjà été démontré que le maintien des relations personnelles de l'enfant avec chacun de ses parents peut entrer en conflit avec son opinion, laquelle ne saurait primer par principe. Ceci est plus vrai encore dans un contexte d'enlèvement international : donner effet au refus de retour de l'enfant dégrade plus encore ses relations avec le parent victime, à la suite, de surcroît, d'une manœuvre illicite. Cette considération a conduit une cour d'appel à refuser de donner effet au refus d'une enfant de neuf ans, « dont l'opinion [...] ne saurait s'opposer à son retour [...], son intérêt supérieur étant de pouvoir entretenir une relation avec chacun de ses parents dans son pays⁴⁰¹ ». Elle avait également conduit la Cour européenne des droits de l'homme à condamner les autorités belges pour avoir « négligé de mettre en œuvre toutes les mesures qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour assurer le retour [...] » ; la « passivité des autorités », qui a « confort[é] les enfants dans leur refus de retourner vivre avec leur père respectif », « cumulée avec l'inexorable écoulement du temps, aurait pu être à

³⁹⁷ P. KLOTGEN, « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », in H. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, op. cit., p. 340.

³⁹⁸ Article 26 – Droit de l'enfant d'exprimer son opinion dans la procédure de retour.

³⁹⁹ P. KLOTGEN, op. cit., p. 344.

⁴⁰⁰ Amiens, 27 janvier 1999, préc.

⁴⁰¹ Paris, 31 mai 2012, préc.

l'origine de la rupture totale des relations enfant-père, rupture qui n'est aucunement à considérer comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁰² ».

Enfin, l'enfant, dont les parents n'ont souvent plus que lui pour s'atteindre mutuellement⁴⁰³, se voit propulsé au milieu d'un conflit de loyauté profondément envenimé par la perpétration de la voie de fait. C'est la raison pour laquelle il a pu être jugé qu'un enfant de neuf ans « ne présent[ait] pas la maturité nécessaire pour se dégager du conflit de loyauté dans lequel il est englué⁴⁰⁴ ». L'article 13 alinéa 2 accroît ce conflit en offrant la possibilité à l'enfant de choisir entre ses parents, ce dont de sérieux dommages psychiques peuvent résulter⁴⁰⁵. En outre, dans l'hypothèse où l'enfant n'aurait pas spontanément formulé d'opposition, le risque que le parent enleveur, averti de l'existence de l'exception, cherche à instrumentaliser son opinion est manifeste.

2. Les critiques de nature subjective

150. Une seconde série de critiques, subjectives, a trait à la personne de l'enfant et à sa parole.

D'abord, donner effet au refus de l'enfant de retourner dans l'Etat de sa résidence habituelle suppose de s'assurer avant tout qu'il s'agit bien d'un refus, « produit d'un sentiment mûr et réfléchi⁴⁰⁶ ». C'est tout l'enjeu du décryptage de la parole de l'enfant. Comment s'assurer que son opposition au retour constitue bien un refus conscient et éclairé qui ne dissimule pas autre chose ? Déceler « la réalité cachée derrière cette opposition⁴⁰⁷ » n'est pas chose aisée. L'enfant peut être « séduit » par le parent enleveur, qui lui offrirait par exemple un train de vie particulièrement confortable ou lui permettrait d'échapper à une pression scolaire pourtant bénéfique⁴⁰⁸. Assisterait-on alors à une pratique de « *parent shopping*⁴⁰⁹ » ? Le refus peut en outre s'avérer être un prétexte à une demande de l'enfant en quête d'attention d'un parent, ou encore procéder de l'ingratitude dont certains adolescents font communément preuve à l'égard de leurs parents⁴¹⁰.

⁴⁰² CEDH, 17 juillet 2008, *Leschiutta et Fraccaro c. Belgique*, n° 58081/00 et 58411/00, point 34.

⁴⁰³ T. PAPAIZSI, « La prise en compte de la parole de l'enfant qui s'oppose à son retour », in H. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, op. cit., p. 366.

⁴⁰⁴ Dijon, 15 janvier 2009, préc.

⁴⁰⁵ E. PEREZ-VERA, op. cit., p. 8.

⁴⁰⁶ T. PAPAIZSI, op. cit., p. 365.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 366.

⁴⁰⁹ P. KLOTGEN, op. cit., p. 343.

⁴¹⁰ V. P. KLOTGEN (*ibid.*, p. 345) pour qui « à l'adolescence, le rejet des parents est un mode normal voire souhaitable de relation ».

Le décryptage du refus de l'enfant peut s'avérer d'autant plus délicat que, souvent, le discours du parent enleveur aura influé sur sa volonté. L'instrumentalisation de sa parole de l'enfant par le parent enleveur est en effet bien trop probable pour ne pas envisager que l'opposition de l'enfant soit le fruit d'une pression parentale. Une longue période de séparation d'avec le parent victime, couplée à l'immersion dans le milieu du parent ravisseur, influe incontestablement sur l'opinion de l'enfant. La réponse récente des autorités françaises au questionnaire sur le fonctionnement pratique de la convention de La Haye de 1980 en témoigne⁴¹¹, même si l'existence d'une influence parentale n'est « pas toujours » ressentie. La Cour européenne des droits de l'homme en a également conscience : si le contexte d'audition n'est pas serein du fait de l'absence de possibilité pour l'enfant de s'exprimer à l'abri des pressions, « la parole de l'enfant et son refus de retourner chez le parent gardien perd de sa valeur et de son poids et ne peut constituer un obstacle à son retour⁴¹² ». L'impropriété du contexte d'audition fait donc sérieusement douter du bien-fondé de l'exception au retour fondée sur l'opposition de l'enfant. L'avis de l'enfant ne peut être en effet utilisé que « dans son propre intérêt, pour faire valoir une volonté libre et éclairée, seulement dans la mesure où il en possède une⁴¹³ ».

Par ailleurs, n'est-ce pas faire peser un poids trop lourd sur l'enfant ? La capacité d'un enfant à faire des choix appropriés et responsables a déjà été mise en doute⁴¹⁴. Il est permis d'en douter davantage encore dans un contexte d'enlèvement international, même en présence d'adolescents. L'enfant, en premier lieu, quel que soit son âge, n'a pas connaissance de l'intégralité de la situation familiale. Dès lors, il existe un risque majeur qu'il se fasse une « représentation erronée⁴¹⁵ » de la réalité familiale et que son opinion soit en conséquence faussée. En second lieu, sa compréhension de l'enjeu peut faire défaut : dans l'affaire précitée *S.N. et M.B.N. c. Suisse*, le Tribunal fédéral avait relevé l'incapacité de l'enfant à saisir que « la procédure ne concernait ni la question de sa garde, ni celle de l'autorité parentale, mais tendait uniquement à rétablir la situation antérieure au déplacement illicite⁴¹⁶ ».

⁴¹¹ Conférence de La Haye, Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, doc. pré-l. no. 4 de janvier 2023, réponse de la France, p. 19.

⁴¹² CEDH, *Sophia Gudrun Hansen c. Turquie*, 23 septembre 2003, préc., in H. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, op. cit., p. 359 : les États ont l'obligation positive de tout mettre en œuvre pour que le contexte dans lequel l'enfant s'exprime soit serein.

⁴¹³ A. GOUTTENOIRE, « La parole de l'enfant enlevé », in H. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, op. cit., p. 355.

⁴¹⁴ Dr S. CALVERT, in « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », Tome XXII, op. cit., p. 18.

⁴¹⁵ P. KLOTGEN, op. cit., p. 343.

⁴¹⁶ Points 112 et s.

Plus généralement, il n'est pas certain que l'enfant distingue son intérêt à long terme de son bien-être immédiat, en particulier dans ce contexte. Parce qu'ils ne coïncident pas nécessairement, il est fondamental de les distinguer. L'enfant ne pouvant mesurer l'effet à long terme de la situation sur son développement, son souhait ne peut porter que sur le présent⁴¹⁷. Le Dr Sarah CALVERT, psychologue néozélandaise déjà citée, s'est appuyée sur divers travaux de recherche⁴¹⁸ pour recenser les conséquences dramatiques de l'enlèvement sur les enfants devenus adultes. La liste est longue : faible estime de soi, dépression, problèmes d'autonomie et d'attachement, craintes d'abandon ... L'adulte qu'est devenu l'enfant enlevé risque, selon ces travaux, de ne se sentir utile que s'il répond aux besoins de quelqu'un d'autre⁴¹⁹. Ce constat rappelle étrangement l'observation selon laquelle la consolidation de la situation illicite, prétendument conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, sert en réalité avant tout les intérêts du parent enleveur. Il est sans appel : « l'impact pour les enfants et les jeunes, peu importe ce qu'ils ressentaient à l'époque, est susceptible de déboucher sur des effets négatifs et durables⁴²⁰ », y compris pour ceux ayant estimé l'enlèvement justifié à l'époque⁴²¹ – donc susceptibles de s'être opposés à leur retour. Même un adolescent ne peut mesurer l'entièreté de l'enjeu sur sa future personnalité d'adulte. Dès lors, au vu des effets dramatiques de l'enlèvement sur le développement de la personnalité de l'enfant, dont celui qui estimait son enlèvement justifié, est-il opportun de lui permettre de se faire l'interprète de son propre intérêt ?

151. A notre avis, l'ensemble de ces critiques fait de l'exception au retour fondée sur l'opposition de l'enfant une disposition dangereuse, car inapte à défendre l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne doit pas être confondu avec le bien-être immédiat qu'exprime son souhait portant sur l'instant présent. C'est pourquoi, nous semble-t-il, l'exception de l'article 13 aliéna 2 devrait être repensée.

⁴¹⁷ Dr S. CALVERT, *op. cit.*, p. 20 : « le présent dans lequel un parent les maltraite, le présent dans lequel ils répondent aux besoins psychologiques et émotionnels d'un parent aimé perçu comme ayant été blessé, le présent dans lequel ils souffrent de la pression psychologique d'un parent souffrant de troubles mentaux. »

⁴¹⁸ Ces travaux sont référencés par le Dr S. CALVERT, in « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », Tome XXII, *op. cit.*, p. 21 (notes 4 à 7).

⁴¹⁹ Conclusions des travaux dirigés par le Dr. A. BAKER. V. not. A.J.L. BAKER, « Patterns of Parental Alienation Syndrome: a qualitative study of adults alienated as children », *American Journal of Family Therapy*, vol. 34, 2006, p. 63-78 ; A.J.L. BAKER et J. CHAMBERS, « Adult Recall of Childhood Exposure to Parental Conflict: Unpacking the Black Box of Parental Alienation », *Journal of Divorce and Remarriage*, vol. 52, 2011, p. 55-76 ; A.J.L. BAKER et N. BEN-AMI, « To Turn a Child Against a Parent Is to Turn a Child Against a Parent Is to Turn a Child Against Himself: The Direct and Indirect Effects of Exposure to Parental Alienation Strategies on Self-Esteem and Well-Being », *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 52, no. 7, 2011, p. 472 à 489.

⁴²⁰ Dr S. CALVERT, *op. cit.*, p. 19.

⁴²¹ *Ibid.*, pp. 19-20 : des effets très importants ont été rapportés par plus de 73% des personnes interrogées « y compris par celles qui, même en rapportant ces effets, ont dit qu'elles estimaient que l'enlèvement était justifié ou qu'elles soutenaient toujours le parent qui les avaient emmenées. »

§ 2. La proposition de modification de l'exception au retour fondée sur l'opposition de l'enfant

152. L'exposé des critiques de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant amène donc à s'interroger sur l'opportunité de repenser l'article 13 alinéa 2 de la convention de La Haye. Une possibilité consisterait à ne plus envisager l'opposition de l'enfant à son retour comme une exception autonome, au profit d'une *utilisation couplée à l'existence d'un risque grave de danger ou d'une situation intolérable au retour*. Actuellement, pour rappel, les exceptions de l'article 13 alinéa 1 lettre b) et alinéa 2 ne sont pas à lire de manière cumulative⁴²².
153. Subordonner l'application de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant à celle fondée sur le risque grave présuppose de revenir sur une distinction essentielle explicitée par la doctrine. Il s'agit de séparer les deux aspects sous lesquels la parole de l'enfant peut être appréhendée : en tant qu'expression de la *vérité* et en tant qu'expression de sa *volonté*⁴²³. Pour toutes les raisons exposées, la seule volonté de l'enfant ne devrait pas, à notre avis, pouvoir fonder la décision de refus de retour. En revanche, il est indéniable que l'enlèvement est parfois le seul recours d'un parent désespéré face au danger que représente le comportement de l'autre parent. Dans ces situations, il est par ailleurs probable que l'enfant s'oppose à son retour. Or, la preuve de l'existence d'un risque grave de danger physique ou psychique ou d'une situation intolérable permet déjà de fonder une décision de non-retour. Dès lors, la parole de l'enfant pourrait favoriser une meilleure connaissance de la situation familiale pour le juge saisi de l'affaire, en le renseignant notamment sur le comportement du parent demandant le retour, sous réserve de l'influence du discours du parent enleveur. La parole de l'enfant viendrait ainsi « étayer l'existence d'un danger [...] ou même en révéler l'existence⁴²⁴ ». Dans un contexte d'enlèvement, la prise en compte de la parole de l'enfant comme « expression de la vérité » paraît plus adaptée. La procédure ne traitant pas du fond de l'affaire, il ne saurait être soutenu que l'absence de prise en compte de sa seule volonté viole le droit international pertinent, l'opinion devant en toute hypothèse toujours être replacée dans le contexte de son intérêt supérieur. C'est pourquoi, dans le cadre de la procédure de retour, il nous semble que l'opposition de l'enfant ne devrait être prise en compte que si elle est corroborée par l'existence

⁴²² E. GALLANT, *JCl. Droit international, op. cit.*, n° 95. V. aussi E. GALLANT, « De l'action en retour malgré l'opposition de l'enfant », *op. cit.*, n° 8.

⁴²³ P. KLOTGEN, *op. cit.*

⁴²⁴ E. GALLANT, « De l'action en retour malgré l'opposition de l'enfant », *op. cit.*, n° 5.

d'éléments objectifs établissant que le retour exposerait l'enfant à un risque grave de danger ou à une situation intolérable.

154. L'argument le plus fréquemment opposé à cette lecture consiste à rappeler que le recours aux mesures coercitives n'est jamais dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il est en effet facile d'imaginer le traumatisme que leur emploi pourrait causer. Pour autant, il ne peut être exclu par principe que l'intérêt de l'enfant à long terme, défini par les Etats signataires de la convention de La Haye, puisse permettre de les envisager. Ainsi que l'a relevé un auteur, « si la contrainte devient le seul moyen de réaliser l'objet et le but de la coopération, alors la mise en œuvre efficace de mesures d'exécution s'impose⁴²⁵ ». En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a elle-même admis que si la coercition « n'est jamais souhaitable dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement illégal du parent avec lequel vivent les enfants⁴²⁶ », l'article 8 de la convention obligeant les Etats à « se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives⁴²⁷ » découlant de cet article. La « [sanction] du manque de coopération » du parent enleveur semble donc, pour la Cour, susceptible de justifier le recours à la coercition, de même que la « situation de fait défavorable » du parent victime créée par la « longue période⁴²⁸ » consécutive à l'enlèvement. Il est donc permis de soutenir que l'intérêt supérieur de l'enfant, par opposition à son bien-être immédiat, puisse dans certains cas justifier l'emploi de mesures coercitives.

155. Le cumul de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant et de l'exception relative au risque grave pourrait donc s'envisager. A cet égard, il ressort de certains arrêts que la Cour de cassation n'apparaît pas particulièrement hostile à une lecture cumulative.

Dans un arrêt du 14 février 2006⁴²⁹, elle approuve la Cour d'appel de Nîmes d'avoir « nécessairement estimé que la seule opposition des enfants ne pouvait justifier le rejet de la demande de retour », après avoir « souverainement retenu que les éléments de fait évoqués par les mineurs pour s'opposer à leur retour [...] n'étaient manifestement plus actuels et ne pouvaient caractériser un danger futur de nature à les placer dans une situation intolérable [...] ». La portée

⁴²⁵ F. MARCHADIER, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *op. cit.*, n° 35.

⁴²⁶ CEDH, 25 janvier 2000, *Ignacollo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, point 106.

⁴²⁷ CEDH, 26 juin 2003, *Maire c. Portugal*, n° 48206/99, point 76.

⁴²⁸ *Ibid.*, point 77.

⁴²⁹ Civ. 1^{ère}, 14 février 2006, n° 05-14.646.

de cet arrêt est toutefois incertaine : condamnation de l'utilisation autonome de l'exception fondée sur le retour de l'enfant⁴³⁰ ou formule trop concise d'après laquelle, en l'espèce, l'opposition ne pouvait justifier le non-retour uniquement parce que la cour d'appel ne l'avait souverainement envisagée qu'à l'aune de l'existence d'un danger⁴³¹ ?

Un arrêt du 17 octobre 2007⁴³² est l'occasion pour la Cour de cassation d'approuver une application cumulative de l'article 13 alinéa 1 lettre b) et alinéa 2 de la convention de La Haye. Est ainsi approuvé le raisonnement de la Cour d'appel de Rennes qui a souverainement estimé, « d'une part », que l'enfant s'opposait à son retour et avait atteint une maturité suffisante et, « d'autre part », que le retour la placerait « dans une situation intolérable et dangereuse pour son équilibre », de sorte que l'exception au retour « se trouve doublement justifiée » au regard des deux dispositions. Si les circonstances particulières de l'espèce pouvaient justifier cette solution⁴³³, il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation a bien, en l'espèce, validé leur application cumulative.

Dans un arrêt ultérieur du 8 juillet 2010, la Haute Juridiction approuve encore la Cour d'appel de Poitiers d'avoir « souverainement estimé qu'en l'état du conflit de loyauté auquel ils se trouvaient confrontés [...], la seule opposition [des enfants] ne saurait faire obstacle à leur retour⁴³⁴ ». Des éléments concrets susceptibles de fonder le refus de retour, autres que le refus des enfants, faisaient en effet défaut.

Enfin, il doit être fait mention d'une dernière affaire, plus récente, qui semble étayer l'affirmation selon laquelle la Cour de cassation n'est pas hostile au cumul des deux exceptions. Dans un arrêt du 14 mars 2018⁴³⁵, elle approuve la Cour d'appel d'Amiens d'avoir jugé que « malgré le refus exprimé par l'enfant âgée de 10 ans, son retour auprès de sa mère en Espagne ne l'exposerait pas à un danger grave physique ou psychique ni ne la placerait dans une situation intolérable ».

156. La piste de réflexion consistant à subordonner l'efficacité de l'opposition de l'enfant au retour à la circonstance qu'elle soit corroborée par des éléments objectifs établissant un risque grave de danger ou de situation intolérable au retour est donc envisageable. L'article 13 alinéa 2 pourrait alors s'entendre de la manière suivante :

⁴³⁰ En ce sens, v. A. BOICHE, « Convention de La Haye : précisions sur l'opposition de l'enfant dans la procédure de retour », *AJ fam.* 2006/6, p. 252.

⁴³¹ En ce second sens, v. E. GALLANT, « De l'action en retour malgré l'opposition de l'enfant », *op. cit.*, n° 11.

⁴³² Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2007, n° 07-11.449.

⁴³³ L'enfant, alors confiée à un tiers, avait été enlevée par ses parents biologiques.

⁴³⁴ Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, préc.

⁴³⁵ Civ. 1^{ère}, 14 mars 2018, préc.

« L'opposition de l'enfant peut être prise en compte par l'autorité judiciaire ou administrative dans l'évaluation de l'existence d'un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ». L'exception relative au danger, fondée sur des éléments objectifs, n'exigeant pas de seuil d'âge ou de maturité, cette condition ne devrait pas subsister.

157. **Conclusion du chapitre.** Les enjeux propres aux situations d'enlèvement international rendent la prise en compte de l'opinion de l'enfant plus délicate encore que dans la procédure au fond. Il est admis que l'enfant a, de manière générale, intérêt à ne pas être déplacé. En témoigne la volonté des Etats de priver de tout effet la voie de fait illicite et le principe du retour immédiat. La convention accorde pourtant une place restreinte à l'intérêt concret de l'enfant, par le biais des exceptions au retour. L'exception fondée sur le risque grave est incontestablement nécessaire. En revanche, l'exception fondée sur la seule opposition de l'enfant appelle plusieurs critiques concernant tant la situation objective dans laquelle se trouve l'enfant que la parole de l'enfant lui-même. C'est pourquoi, nous semble-t-il, l'opposition de l'enfant devrait être appréhendée avec davantage de méfiance, et son efficacité tributaire de la circonstance qu'elle corrobore des éléments objectifs révélateurs d'un risque grave.
158. **Conclusion de la seconde partie.** Le second axe de réflexion de ce travail a permis de tenter de cerner les contours de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, tant dans la procédure au fond qu'en matière d'enlèvement international. Il a été démontré que l'entreprise de définition abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant à laquelle s'attellent les auteurs des textes pertinents ne peut s'affranchir d'une évaluation concrète de la situation, quelle que soit la place, large ou restreinte, qui lui est laissée. Dès lors que l'enfant est entendu, la prise en considération de son opinion exprimée est nécessaire à la définition de son intérêt supérieur. Néanmoins, il n'est pas souhaitable de la rendre toute puissante en la faisant primer les autres droits constitutifs de l'intérêt supérieur, notamment le droit – de l'enfant, mais aussi des parents – au maintien des relations personnelles. En cas d'enlèvement international, cette affirmation prend encore davantage de sens, eu égard à l'illicéité de la situation que la volonté de l'enfant risque de conforter et au risque de pression exercée par le parent enleveur. La consécration du principe du retour immédiat impose de s'y tenir sans permettre sa remise en cause par la seule volonté de l'enfant qui, s'il n'avait pas été enlevé, n'aurait pas de choix à faire, mais simplement une voix à faire entendre et qu'il faudrait évidemment, dans ce contexte, écouter.

Conclusion générale

159. Il ressort de ces développements qu'il n'existe finalement pas de « meilleure » solution, mais qu'il s'agit plutôt de s'atteler à identifier la moins mauvaise pour l'enfant. La singularité de chaque cas d'espèce rend délicate la tâche de raisonner en termes abstraits. Pour autant, les conclusions auxquelles la présente réflexion a permis d'arriver permettent de répondre à la problématique à l'origine de ces développements.

A la question du statut de la parole de l'enfant dans une procédure le concernant en présence d'un élément d'extranéité, il est à présent possible d'avancer les éléments de réponse suivants. Le droit de l'enfant d'être entendu relève bien de la catégorie des droits fondamentaux, dont la mise en œuvre concrète est susceptible de remettre en question une règle abstraite et générale, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce droit se voit parfois limité, tantôt de manière contestable par la condition relative au discernement et par la circonstance que les parents parviennent à un accord, tantôt de manière souhaitable par la nature pécuniaire des enjeux en cause et par l'urgence de l'affaire. En raison des particularismes nationaux, le non-respect du droit de l'enfant d'être entendu altère la circulation transfrontière des décisions dans l'Union européenne, obstacle qui pourrait être renforcé par la refonte du règlement Bruxelles II *bis* et que le recours à l'ordre public international de procédure aurait permis, dans une certaine mesure, d'atténuer.

A la question de la prise en compte de l'opinion de l'enfant dans la décision finale, les réponses suivantes peuvent désormais être apportées. L'opinion de l'enfant concourt certes à définir son intérêt supérieur, mais sa prise en compte ne doit pas conduire à le laisser prendre la décision, ce qu'il appartient au juge de faire, ni à lui conférer un droit de veto à l'exercice du droit de visite d'un parent. Parce que l'enfant n'est ni adulte ni par principe le meilleur juge de son intérêt, il n'apparaît pas opportun de lui reconnaître une autonomie personnelle trop étendue. La préservation de ses autres droits, et donc de son intérêt supérieur impose de réaliser entre ceux-ci un arbitrage procédant d'une perspective à plus long terme que celle de son bien-être immédiat. Plus spécifiquement, l'opinion de l'enfant enlevé, parce qu'elle est susceptible de faire échec à son retour immédiat, devrait être appréhendée plus restrictivement qu'elle ne l'est actuellement.

Aussi, nous semble-t-il, l'approche entièrement casuistique observée dans certaines décisions ne devrait pas se substituer par principe à la règle de droit abstraite et générale, mais bien conserver sa nature de correctif exceptionnel.

Bibliographie

I. Manuels, traités et ouvrages généraux

B. AUDIT, L. d'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2^e éd., 2022.

P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 3^e éd., 2021.

A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, Thémis, 2022.

P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, 8^e éd., 2022.

II. Monographies, thèses, encyclopédies

C. BRENNER, J. COMBRET, « Divorce par consentement mutuel déjudiciarisé – Aspects pratiques », *JCl. Notarial Formulaire*, V^o Divorce, Fasc. 12, 25 avril 2018 (date de la dernière mise à jour : 7 mars 2023)

F. CHENEDE (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action 2023-2024, 9^e éd., 2022.

H. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (Lyon, 2003), Bruylant, 2004.

- A. GOUTTENOIRE, « La parole de l'enfant enlevé », pp. 349-360.
- P. KLÖTGEN, « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », pp. 337-348.
- T. PAPAZISSI, « La prise en compte de la parole de l'enfant qui s'oppose à son retour », pp. 361-370.
- A. RICHEZ-PONS, « Mieux assurer le respect des relations personnelles entre l'enfant et ses deux parents », section 8 du Rapport de recherche *Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire en Europe*, réalisé avec le soutien de la Commission européenne et du G.I.P. Mission de recherche Droit et Justice, pp. 497-518.

E. GALLANT,

- « Enlèvement international d'enfants : la convention de La Haye du 25 octobre 1980 – Droit général de l'enlèvement international d'enfants », *JCl. Droit international*, Fasc. 549-30, 19 juillet 2010.

- « Règlement Bruxelles II *bis* : compétence, reconnaissance et exécution en matière de désunion et de responsabilité parentale », *Répertoire de droit international*, Dalloz, janvier 2013 (mise à jour : décembre 2022).

R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé – Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2020.

C. SIFFREIN-BLANC, « Procédure de divorce – Audition de l'enfant », *JCl. Divorce*, Fasc. n° 700-10, 28 avril 2022.

C. WATINE-DROUIN, C. SIFFREIN-BLANC, C.-M. PEGLIN-ZIKA, *Minorité – Audition du mineur en justice* », *JCl. Civil Code*, Fasc. unique, 1^{er} décembre 2022.

III. Articles, notes

C. AVASILENCEI, note ss. Cour européenne des droits de l'homme, 1^{er} juillet 2014, *Blaga c. Roumanie*, req. n° 54443/10, *Rev. crit. DIP* 2015.420.

N. BAREÏT, « La Cour de justice de l'Union européenne artisan de la lutte contre les enlèvements d'enfants », *RTD eur.* 2011. 537.

A. BOICHE, « Convention de La Haye : précisions sur l'opposition de l'enfant dans la procédure de retour », *AJ fam.* 2006/6, p. 252.

C. CHALAS, « Raison et sentiments en matière d'enlèvement international d'enfant : quel équilibre dans les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation ? », *Rev. crit. DIP* 2019.111.

F. CHÉNEDÉ,

- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016.796.

- « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, pp. 139-188.

A. CORNEC, « Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant », *Journal du droit des jeunes*, 2011/3 no 303 pp. 39-44.

S. CORNELOUP, « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *JEDH*, 2013.381.

S. DEIS-BEAUQUESNE, « L'article 13 b alinéa 1^{er} de la Convention de La Haye en question devant les juridictions françaises », *AJ fam.* 2002/10, p. 324.

F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *Recherches familiales*, vol. 9, no. 1, 2012, pp. 163-171.

E. GALLANT, « De l'action en retour malgré l'opposition de l'enfant », *Rev. crit. DIP* 2007.96.

L. GEBLER,

- « Le juge aux affaires familiales et la parole de l'enfant : et si on avançait ? », *Journal du droit des jeunes*, vol. 261, no. 1, 2007, pp. 15-19.

- « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & Psy*, vol. 36, no. 3, 2007, pp. 50-60.

A. GOUTTENOIRE,

- « La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'Union européenne », in *Protection des droits fondamentaux dans l'union Européenne -Entre évolution et permanence*, Bruylant, 2015, pp. 233-245.

- « Les droits de l'enfant », *RIDC*, vol. 66, n° 2, 2014, Etudes de droit contemporain, Contributions françaises au 19^e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014), pp. 565-580.

- « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *LPA*, 2010, no. 200, pp. 24-26.

T. HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *Journal du droit des jeunes*, vol. 303, no. 3, 2011, pp. 10-16 (Conférence du Conseil de l'Europe à Varsovie, 30 mai 2008).

P. HAMMJE, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 365-381.

H. HURPY, « Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne [Résumé de thèse] », *RDLF*, 2014, thèse n° 06.

F. MARCHADIER, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *Rev. crit. DIP* 2007.677.

E. MULON, « La parole de l'enfant sous le prisme du règlement Bruxelles II ter », *Dr. fam.* 2022, dossier 20, n° 11.

C. NOURISSAT, A. BOICHE, D. ESKENAZI, A. MEIER-BOURDEAU et G. THUAN DIT DIEUDONNE, « Divorce par consentement mutuel : plainte contre la France ! » : *AJ fam.* 2017/5, p. 266.

G. PAYAN, « Union européenne - Les apports du règlement « Bruxelles II ter » à l'édification de l'Espace judiciaire civil européen : entre améliorations et insuffisances », *JDI Clunet*, 2023/2.

IV. Rapports, observations, lignes directrices, autres

Rapports explicatifs :

A. BORRAS, Rapport explicatif relatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale.

P. LAGARDE, Rapport explicatif de la convention sur la protection des enfants.

M.-G. PARRA-ARANGUREN, Rapport explicatif sur la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

E. PEREZ-VERA, Rapport explicatif de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Rapport explicatif de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants.

Rapport explicatif de la Convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants.

Observations et lignes directrices :

Comité des droits de l'enfant,

- Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu.
- Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale.

Commission européenne, « Guide pratique pour l'application du règlement Bruxelles II bis », 2014.

Conseil de l'Europe, *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2011.

Autres :

Conférence de La Haye, « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », Tome XXII Été – Automne 2018, *Dossier spécial : La voix de l'enfant – 15 ans après*.

Conférence de La Haye, « La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant », Tome XXIV Été – Automne 2019, *Dossier spécial : Mesures urgentes de protection*.

Conférence de La Haye, Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, doc. pré-l. no. 4 de janvier 2023, réponse de la France.

B. MALLEVAEY (dir.), « 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*, C3RD, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille, 2018.

V. PECRESSE, Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 3184 réformant la protection de l'enfant, 5 juillet 2006, doc. n° 3256.

Rapport « La vie privée : un droit pour l'enfant », Défenseur des Droits, République française, 2022.

Interview de Marie DERAÏN, Défenseuse des enfants auprès du Défenseur des Droits, Dossier « Parole de l'enfant », *AJ fam.* 2014/1, p. 31.

V. Ressources numériques

INCADAT (base de données en matière d'enlèvement international d'enfants), service postconventionnel fourni par la Conférence de La Haye (<https://www.incadat.com/fr>).

P. VERDIER, DEI, Palais Bourbon, 20 novembre 2010, « Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant » (http://korczak.fr/m5prod/colloques_afjk/palais-bourbon_20nov2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/verdier-pierre_interv-je-20nov2010_8p.pdf)

VI. Jurisprudence

Cour européenne des droits de l'homme :

CEDH, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, req. n° 19823/92.

CEDH, *T. et V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, req. n° 24724/94 et 24888/94.

CEDH, *Ignacollo-Zenide c. Roumanie*, 25 janvier 2000, req. n° 31679/96.

CEDH, *Maire c. Portugal*, 26 juin 2003, req. n° 48206/99.

CEDH, *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n° 30943/96.

CEDH, *Sommerfeld c. Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n° 31871/96.

CEDH, *Sophia Gudrun Hansen c. Turquie*, 23 septembre 2003, req. n° 36141/97.

CEDH, *Pini et al. c. Roumanie*, 22 juin 2004, n° 78028/01 et 78030/01.

CEDH, *Bosphorus Airways c. Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98.

CEDH, *C. c. Finlande*, 9 mai 2006, req. n° 18249/02.

CEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, 6 décembre 2007, req. n° 39388/05.

CEDH, *Leschiutta et Fraccaro c. Belgique*, 17 juillet 2008, req. n° 58081/00 et 58411/00.

CEDH, *Neulinger c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n° 41615/07.

CEDH, *Ilker Ensar Uyanik c. Turquie*, 3 mai 2012, req. n° 60328/09.

CEDH, *Raw et al. c. France*, 7 mars 2013, req. n° 10131/11.

CEDH, *X. c. Lettonie*, 26 novembre 2013, req. n° 27853/09.

CEDH, *Blaga c. Roumanie*, 1^{er} juillet 2014, req. n° 54443/10.

CEDH, *Rouiller c. Suisse*, 22 juillet 2014, req. n° 3592/08.

CEDH, *Gajtani c. Suisse*, 9 septembre 2014, req. n° 43730/07.

CEDH, *M. et M. c. Croatie*, 3 septembre 2015, req. n° 10161/13.

CEDH, *Iglesias c. Espagne* 11 octobre 2016, req. n° 23298/12.
CEDH, *K. B. et al. c. Croatie*, 14 mars 2017, req. n° 36216/13.
CEDH, *M.K. c. Grèce*, 1^{er} février 2018, req. n° 51312/16.
CEDH, *A.V. c. Slovénie*, 9 avril 2019, req. n° 878/13.
CEDH, *S.N. et M.B.N. c. Suisse*, 23 novembre 2021, req. n° 12937/20.

Cour de justice de l'Union européenne :

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, C-6/64.
CJCE, 18 janvier 1984, *Ekro*, C-327/82.
CJUE, 28 mars 2000, *Krombach c. Bamberski*, C-7/98.
CJUE, 11 mai 2000, *Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, C-38/98.
CJUE, 23 décembre 2009, *Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia*, C-403/09.
CJUE, 22 décembre 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, C-491/10.
CJUE, 16 février 2023, *T.C.*, C-638/22.

Cour de cassation :

Civ. 1^{ère}, 10 mai 1993, n° 91-11.310.
Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, n° 93-15.495.
Civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, n° 98-20.416.
Civ. 1^{ère}, 22 juin 1999, n° 98-17.902.
Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-20613.
Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, n°03-17.912.
Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2007, n° 07-11.449.
Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, 07-19.767.
Civ. 1^{ère}, 20 janvier 2010, n° 08-18.085.
Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-66.406.
Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n° 10-19.905.
Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, n° 11-28.424.
Civ. 1^{ère}, 20 novembre 2013, n° 12-26.725.
Civ. 1^{ère}, 22 octobre 2014, n° 13-24.945.
Civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, n° 14.11-392.
Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2016, n° 16-20.858.

Civ. 1^{ère}, 14 mars 2018, n° 18-10.438.
Civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2021, n° 18-26.707.
Civ. 1^{ère}, 30 novembre 2022, n° 22-16.976.

Civ. 2^e, 7 octobre 1987, 86-15.026 86-15.198.
Civ. 2^e, 25 mars 1993, n° 91-21.248.
Civ. 2^e, 22 octobre 1997, 96-12.011.
Civ. 2^e, 29 avril 1998, n° 96-18460.

Cours d'appel :

Amiens, 27 janvier 1999.
Amiens, 7 mars 2013, n° 11/03076.
Amiens, 16 novembre 2017.
Agen, 6 novembre 2014, n° 14/01242.
Angers, 13 février 1995.
Bordeaux, 14 janvier 2004.
Caen, 12 mai 2022, n° 21/0154.
Dijon, 15 janvier 2009, n° 08/02195.
Lyon, 17 avril 1986.
Nancy, 27 janvier 2017, n° 15/03129.
Paris, 22 mai 2008, n° 08/05966.
Paris, 13 avril 2012, n° 12/06173.
Paris, 31 mai 2012, n° 12/05844.
Paris, 2 février 2016, n° 14/04151.
Paris, 1^{er} mars 2016, n° 15/11722.
Poitiers, 11 février 2009, n° 07/01152.
Toulouse, 11 janvier 2011.
Versailles, 17 juillet 2007.

VII. Textes internationaux et européens

Déclaration de Genève du 26 septembre 1924 relative aux droits de l'enfant.

Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant.

Convention européenne du 25 janvier 1996 sur l'exercice des droits des enfants.

Convention européenne du 15 mai 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants.

Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (« Bruxelles II *bis* »).

Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (« Bruxelles II *ter* »).

Table des matières

Remerciements	p. 2.
Sommaire	p. 3.
Introduction	p. 4.
<u>PARTIE I. Le statut de la parole de l'enfant</u>	p. 12.
Chapitre 1. Le droit fondamental de l'enfant d'être entendu	p. 12.
<i>Section 1. La consécration du droit de l'enfant d'être entendu</i>	p. 12.
§1 L'affirmation du droit de l'enfant d'être entendu	p. 12.
A. L'exposé des dispositions pertinentes	p. 13.
B. Les fondements du droit	p. 15.
1. La participation de l'enfant aux procédures qui le concernent	p. 15.
2. Les raisons de la participation de l'enfant aux procédures qui le concernent	p. 16.
§2 La nature du droit de l'enfant d'être entendu	p. 18.
A. La qualification de droit fondamental	p. 18.
1. Les sources du droit	p. 19.
2. La méthode de mise en œuvre du droit	p. 20.
B. Les particularités du droit fondamental de l'enfant d'être entendu	p. 21.
<i>Section 2. La mise en œuvre du droit de l'enfant d'être entendu</i>	p. 23.
§1 La condition relative au discernement	p. 23.
A. La critique de la titularité conditionnée au discernement	p. 24.
B. Les incidences en droit international privé	p. 27.
§2 Les limites à l'exercice du droit de l'enfant d'être entendu	p. 28.
A. Les limites souhaitables	p. 28.
1. La procédure ne portant que sur les biens de l'enfant	p. 29.
2. L'existence de motifs sérieux	p. 30.
B. Les limites critiquables	p. 33.
1. L'accord des parents	p. 33.
2. Le divorce extrajudiciaire en droit international privé	p. 34.

Chapitre 2. Les implications procédurales du droit de l'enfant d'être entendu p. 37.

Section 1. L'appréhension du droit de l'enfant d'être entendu dans l'instance indirecte .. p. 38.

§1 L'obstacle à la circulation des décisions résultant de la violation du droit de l'enfant d'être entendu p. 38.

A. Le régime de l'instance indirecte p. 39.

B. Le possible effet bénéfique du régime de l'instance indirecte p. 41.

§2 La répartition des compétences en matière d'audition de l'enfant p. 41.

A. La rigidité de la répartition actuelle des compétences p. 42.

B. La nécessité d'une meilleure coopération p. 43.

Section 2. Le choix méthodologique du législateur européen p. 46.

§1 La consécration d'un motif de refus de reconnaissance et d'exécution autonome . p. 46.

A. Une interprétation autonome par la Cour de justice p. 46.

B. Les implications d'une interprétation autonome p. 48.

§2 La proposition de recours à l'ordre public international de procédure p. 50.

PARTIE II. La prise en compte de l'opinion de l'enfant p. 53.

Chapitre 1. L'opinion de l'enfant dans la procédure au fond p. 54.

Section 1. L'intérêt supérieur de l'enfant dans la procédure au fond p. 54.

§1 La définition abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant p. 55.

A. Le contenu normatif de l'intérêt supérieur de l'enfant p. 55.

B. La détermination *in abstracto* de l'intérêt supérieur de l'enfant p. 57.

§2 L'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant p. 58.

A. La hiérarchisation des droits de l'enfant p. 58.

B. La portée de l'appréciation *in concreto* p. 59.

Section 2. La place de l'opinion de l'enfant dans l'appréciation de son intérêt supérieur p. 62.

§1 Un droit à l'autonomie personnelle ? p. 63.

A. L'opinion de l'enfant et son l'intérêt supérieur p. 63.

B. La volonté de l'enfant et le pouvoir juridictionnel p. 65.

§2 La conciliation nécessaire avec les intérêts en présence p. 68.

A. Les autres droits de l'enfant	p. 68.
B. Le droit des parents de maintenir des relations personnelles avec l'enfant	p. 70.
Chapitre 2. L'opinion de l'enfant en cas d'enlèvement international	p. 74.
<i>Section 1. L'intérêt supérieur de l'enfant enlevé</i>	<i>p. 74.</i>
§1 L'intérêt supérieur <i>in abstracto</i> : le principe du retour immédiat	p. 74.
§2 L'intérêt supérieur <i>in concreto</i> : les exceptions au principe	p. 76.
A. Le correctif exceptionnel de l'appréciation <i>in concreto</i>	p. 76.
1. La place restreinte des exceptions au retour	p. 77.
2. L'interférence de la Cour européenne des droits de l'homme	p. 78.
B. L'exception au retour fondée sur le risque grave	p. 79.
<i>Section 2. L'opposition au retour de l'enfant enlevé dans l'appréciation de son intérêt supérieur</i>	<i>p. 80.</i>
§1 Le dispositif de la convention de La Haye de 1980	p. 81.
A. L'exception au retour fondée sur l'opposition de l'enfant	p. 81.
1. L'exposé de l'exception	p. 81.
2. L'encadrement de l'exception par la Cour européenne des droits de l'homme ...	p. 82.
3. L'exception dans la jurisprudence française	p. 84.
B. La critique de l'exception au retour fondée sur l'opposition de l'enfant	p. 85.
1. Les critiques de nature objective	p. 85.
2. Les critiques de nature subjective	p. 87.
§2 La proposition de modification de l'exception au retour fondée sur l'opposition de l'enfant	p. 90.
Conclusion générale	p. 94.
Bibliographie	p. 95.