



Strasbourg, 9 décembre 2020

CJ/ENF-ISE(2020)7A

## **Comité d'experts sur les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures de séparation des parents ou de placement (CJ/ENF-ISE)**

Deuxième réunion, 14 et 18 décembre 2020

*Videoconference*

### **Point 6**

**Intérêt supérieur et droits de l'enfant dans les cas de séparation des parents**

**Analyse des normes internationales et européennes et des outils pratiques, identification des lacunes et pistes de propositions**

**Analyse des normes internationales et européennes et des outils pratiques,**  
**identification des lacunes et pistes de propositions**

***Préparée par Mme Nuala Mole et Professeur Blandine Mallevaey (consultantes)***

**Introduction**

1. Il ressort de l'ensemble des normes internationales et européennes analysées que, parmi l'ensemble des règles devant être appliquées lorsque les parents d'un enfant se séparent, trois d'entre elles constituent des principes directeurs dont le respect s'impose en toutes circonstances :

- L'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale de toutes les décisions qui le concernent lors de la séparation de ses parents et postérieurement, que ces décisions soient prises par les parents eux-mêmes, par une autorité administrative ou judiciaire ou dans le cadre d'un processus amiable de règlement du différend parental.
- Il incombe prioritairement aux parents d'élever et d'éduquer leur enfant. Ils ont dans ce rôle une responsabilité commune et égale. Leur séparation ne doit pas affecter ni leurs droits et devoirs à l'égard de leur enfant, ni le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si son intérêt supérieur commande une autre solution.
- L'enfant a le droit de participer aux décisions prises à son sujet lors de la séparation de ses parents et postérieurement ; cette participation peut prendre la forme d'une audition dans le cadre des procédures judiciaires qui le concernent ou dans le cadre d'un processus amiable de règlement du différend parental.

2. Ces trois principes sont liés : le droit de l'enfant de participer aux décisions le concernant vise à ce que puisse être prise la meilleure décision dans son intérêt lors de la séparation de ses parents et postérieurement, y compris lorsqu'il s'agit de réduire ou d'écarter ses relations et contacts avec l'un de ses parents ou les deux.

3. Si ces principes sont unanimement affirmés et reconnus, leur mise en œuvre n'est pas envisagée de façon uniforme par les normes internationales et européennes analysées et fait l'objet de législations et de pratiques différentes entre les Etats, voire au sein d'un même Etat. En outre, les normes et les pratiques contiennent certaines lacunes. L'identification de ces lacunes ouvre des pistes de réflexion et de possibles préconisations dans plusieurs domaines :

**I. La prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant au travers de sa participation aux décisions le concernant**

4. La mise en œuvre du droit de l'enfant de participer aux décisions le concernant constitue une garantie que les décisions prises à son sujet lors de la séparation de ses parents et postérieurement respecteront son intérêt supérieur.

5. Ce droit se concrétise notamment par l'audition de l'enfant sur les conséquences à son égard de la séparation parentale. Or l'on peut constater d'importantes lacunes en la matière, en particulier concernant l'accès de l'enfant à son audition en justice, qui peut se heurter à deux obstacles principaux.

6. En premier lieu, le droit de l'enfant de participer aux décisions prises à son sujet est subordonné à des conditions différentes selon les normes. Ainsi, la Convention internationale des droits de l'enfant (art. 12), la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (art. 3) et la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants (art. 6) soumettent le droit d'expression par l'enfant de ses opinions à la condition qu'il soit capable de discernement. Le règlement « Bruxelles II *bis* » se réfère à l'âge et au degré de maturité de l'enfant, qui notamment justifieraient qu'il n'ait pas eu la possibilité d'être entendu dans le cadre d'une décision relative au droit de visite (art. 41). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 24) ne soumet le droit de l'enfant d'exprimer librement ses opinions à aucune condition, son âge et sa maturité n'étant envisagés qu'au titre de la prise en considération des opinions de l'enfant pour les sujets qui le concernent. Il en va de même de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (art. 13) qui envisage la situation de l'enfant s'opposant à son retour lorsqu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion. Le règlement « Bruxelles II *ter* » (art. 21), qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2022, vise plusieurs de ces critères : la capacité de discernement de l'enfant conditionne son droit d'exprimer son opinion, tandis que la juridiction doit dûment prendre en compte l'opinion de l'enfant eu égard à son âge et à son degré de maturité. Or le discernement est une notion imprécise, susceptible d'être interprétée et appliquée de manière subjective et hétérogène. Si l'âge et la maturité de l'enfant peuvent sembler plus éclairants que sa capacité de discernement, il reste qu'en l'absence de définition d'un seuil d'âge, des fonctionnements très différents ont vu le jour. Cela est confirmé par les législations et pratiques au sein des Etats membres, qui révèlent d'importantes disparités. Celles-ci génèrent des inégalités de traitement entre les enfants, sources de discriminations, et créent une insécurité juridique.

7. Certains Etats ont, dans leur législation, soit complété l'exigence de discernement avec un seuil d'âge, soit remplacé l'exigence de discernement par un seuil d'âge. Un tel seuil d'âge a le mérite de l'objectivation, même s'il ne doit pas écarter la possibilité d'individualiser l'appréciation de la capacité de l'enfant à exprimer ses opinions lors de la séparation de ses parents ou postérieurement. Partant, il pourrait être envisagé de fixer un âge à compter duquel les enfants seront présumés être en capacité d'exprimer leurs opinions sur les questions qui les concernent et pourront voire celles-ci prises en considération, en particulier dans le contexte des séparations parentales.

8. En second lieu, lorsque les décisions relatives à la vie de l'enfant après la séparation de ses parents sont prises dans le cadre d'une procédure judiciaire, le droit de l'enfant capable de discernement d'exprimer librement ses opinions et de voir celles-ci prises en considération se concrétise par la possibilité qui doit lui être donnée d'être entendu en justice. Il en résulte que l'enfant doit être sollicité par l'autorité judiciaire aux fins de se faire entendre sur les décisions qui vont être prises à son sujet. Le règlement « Bruxelles II *ter* » (art. 21) précise que cette possibilité doit être réelle et effective, ce qui est loin d'être le cas dans de nombreux Etats membres. En effet, tandis que, dans certains Etats, l'enfant est directement informé de son droit d'exprimer ses opinions auprès de l'autorité qui va prendre ou homologuer les

décisions le concernant et est sollicité par cette autorité pour faire connaître ses opinions, dans d'autres Etats une telle information de l'enfant n'est pas prévue et il lui incombe d'accomplir les démarches pour s'exprimer auprès de l'autorité décisionnaire. L'accès de l'enfant à la justice et sa participation aux décisions qui le concernent se trouvent de nouveau compromis. Il conviendrait dès lors d'aménager des dispositifs de notification directe à l'enfant de son droit d'être entendu et de participer aux décisions qui le concernent dès lors qu'il a atteint l'âge permettant de présumer qu'il est capable de discernement, de sorte qu'il n'aurait pas à entreprendre lui-même de démarche pour se faire entendre.

9. Par ailleurs, le souci de déjudiciariser les différends parentaux a conduit de nombreux Etats à favoriser les processus amiables et extrajudiciaires pour la prise des décisions, notamment lorsqu'elles concernent la vie de l'enfant après la séparation de ses parents. Or la participation de l'enfant à ces processus décisionnels non judiciaires est parfois inexistante. Dans certains Etats, les opinions de l'enfant ne sont pas prises en considération, ni même recueillies, lorsque les décisions prises à son sujet ne font pas intervenir un juge. Cela est contraire au droit de l'enfant capable de discernement d'exprimer ses opinions sur toute question l'intéressant, tel qu'affirmé par la Convention internationale des droits de l'enfant (art. 12.1), ou encore aux dispositions du règlement « Bruxelles II *ter* » en vertu desquelles la reconnaissance ou l'exécution d'un acte authentique ou d'un accord en matière de responsabilité parentale peut être refusée si l'acte ou l'accord a été enregistré sans que l'enfant capable de discernement n'ait eu la possibilité d'exprimer son opinion. Il importe donc de favoriser l'expression de l'enfant lorsque les décisions prises à son sujet lors de la séparation de ses parents et postérieurement le sont en dehors de toute procédure judiciaire, ainsi que d'organiser les conditions d'expression de l'enfant les plus respectueuses de son intérêt.

## **II. La formation des professionnels**

10. La formation des professionnels est indispensable pour que l'intérêt supérieur de l'enfant demeure la préoccupation prioritaire lors de la séparation de ses parents ou postérieurement et pour que ses droits soient respectés.

11. Or, dans de nombreux Etats membres, la formation des professionnels est insuffisante, ce qui a pour conséquence un accompagnement défaillant des enfants et de leurs familles, voire la prise de décisions qui vont parfois à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il est donc nécessaire de spécialiser les juridictions et les magistrats en matière familiale et, plus globalement, de mieux former tous les professionnels impliqués et susceptibles d'intervenir lorsque les parents d'un enfant se séparent, judiciairement ou amiablement.

12. A cet égard, il convient de rappeler les constats et préconisations réalisés par les intervenants de l'atelier « Le pouvoir des relations familiales : faire respecter l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de divorce ou de séparation » lors de la conférence « Préparer l'Europe de demain : renforcer les droits de l'enfant pour un continent à l'épreuve de l'avenir » organisée par le Conseil de l'Europe les 13 et 14 novembre 2019.

13. Il avait alors été souligné la nécessité de spécialiser les juridictions familiales afin de favoriser une approche pluridisciplinaire de la situation de l'enfant et des difficultés rencontrées par sa famille et pour permettre que l'enfant soit entendu dans un endroit adapté, rassurant et

qui facilite l'expression de sa parole. Une spécialisation des juridictions permettrait en outre de raccourcir les délais de procédure pour sécuriser l'enfant et pour éviter qu'une situation ne s'installe *de facto* au bénéfice du parent avec lequel vit l'enfant.

14. Cette spécialisation des juridictions familiales devrait nécessairement aller de pair avec une formation spécifique des professionnels, au premier rang desquels se trouvent les magistrats familiaux. Mieux formés, les magistrats seraient davantage en mesure d'une part d'évaluer l'intérêt et les besoins des enfants pour assurer la primauté de leur intérêt supérieur sur les demandes des parents ; d'autre part de respecter le droit des enfants d'exprimer leurs opinions dans les procédures le concernant puisqu'ils accepteraient plus facilement d'entendre et d'écouter les enfants. La formation des magistrats devrait également leur permettre d'apprécier le contexte dans lequel la parole de l'enfant est exprimée et de déceler d'éventuelles instrumentalisation ou manipulations de l'enfant par l'un de ses parents. Elle leur permettrait en outre de communiquer avec l'enfant, de le comprendre et d'adapter leur langage, leur vocabulaire et leur attitude à l'âge et à la maturité de leur jeune interlocuteur. Une telle formation devrait aussi être dispensée à toute personne susceptible de recevoir la parole d'un enfant lors de la séparation de ses parents ou postérieurement, notamment lorsque cette personne entend l'enfant sur délégation d'un magistrat.

15. Afin que les magistrats puissent solliciter des experts compétents dans les situations les plus complexes, une formation spécifique devrait être dispensée aux experts afin qu'ils puissent apprécier l'intérêt supérieur et les besoins spécifiques de l'enfant et qu'ils soient en mesure de déceler d'éventuelles manipulations de l'enfant et d'éventuels abus émotionnels.

16. Tout autre professionnel intervenant dans le contexte d'une séparation parentale devrait être spécifiquement formé. Cela concerne les assistants sociaux, les éducateurs, les enseignants, les psychologues, les médecins, etc. Lorsque les décisions relatives à la vie de l'enfant après la séparation de ses parents sont prises dans le cadre d'une procédure judiciaire ou non judiciaire, les avocats ont un rôle essentiel à jouer.

17. Il est donc nécessaire qu'ils soit formés afin de pouvoir expliquer à leurs clients la nécessité de faire primer les besoins de l'enfant sur leurs propres souhaits (avocats des parents), d'être aptes à préparer l'enfant à sa rencontre avec le juge et lui fournir les informations nécessaires sur la procédure, le déroulement de l'audition, le poids de sa parole sur la décision judiciaire, etc. (avocats d'enfants) et pour qu'ils soient en capacité d'expliquer la décision judiciaire et la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les demandes de chacun (avocats des parents et avocats d'enfants). De surcroît, il y a lieu d'encourager la désignation systématique d'avocats spécialisés, rémunérés par l'Etat, pour assister les enfants dans les procédures relatives aux séparations parentales.

18. Enfin, la formation devrait être renforcée pour tous les professionnels amenés à intervenir dans le cadre de procédures non judiciaires des différends parentaux. Il s'agit en premier lieu de former les médiateurs familiaux pour qu'ils puissent faire en sorte que les parents en crise priorisent l'intérêt de leur enfant sur leur propre intérêt et sur leur conflit, pour qu'ils soient en mesure d'intégrer l'enfant à la médiation familiale et que l'enfant puisse exprimer sa parole dans ce cadre et pour qu'ils soient capables de comprendre et de communiquer avec l'enfant.

### **III. La déclinaison des principes dans les situations particulières**

19. Si les grands principes préalablement identifiés (droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit la considération primordiale de toutes les décisions le concernant ; droit et devoir commun des parents d'élever et d'éduquer leur enfant et de maintenir avec lui des relations directes et personnelles malgré leur séparation et, corrélativement, droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents même séparés ; droit de l'enfant de participer aux décisions qui le concernent et de voir ses opinions prises en considération) doivent être appliqués en toutes circonstances, une attention particulière doit être portée au respect de ces principes dans certaines situations qui ont pour effet soit d'accroître la vulnérabilité de l'enfant et/ou de l'un au moins de ses parents, soit de rendre les relations entre l'enfant et l'un au moins de ses parents plus difficiles. Il s'agira notamment des situations où l'un des parents est détenu ou emprisonné, de celles où l'un des parents souffre d'un handicap ou de troubles mentaux et / ou est placé sous un régime de protection juridique, de celles où l'un des parents a fait l'objet d'une décision d'expulsion du territoire ou risque de l'être, ou encore des situations de maternité de substitution.