

COMMISSION OUVERTE **FAMILLE**

Responsable :
HÉLÈNE POIVEY-LECLERCQ
ANCIEN MEMBRE DU CONSEIL DE L'ORDRE



Mardi 23 septembre 2014

La résidence alternée et l'audition de l'enfant

Intervenants :

Laurie Colin

Stéphanie Travade Lannoy

Avocats à la Cour

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



Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°592 du 27 novembre 2014

[Autorité parentale] Événement

La résidence alternée et l'audition de l'enfant — Compte-rendu de la réunion du 23 septembre 2014 de la Commission Famille du barreau de Paris

N° Lexbase : N4832BUI



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

La Commission Famille du barreau de Paris tenait, le 23 septembre 2014, une réunion sur le thème "la résidence alternée et l'audition de l'enfant", à laquelle intervenaient Stéphanie Travade-Lannoy et Mélanie Courmont-Jamet, avocats à la cour, et Béatrice Copper-Royer, psychologue clinicienne. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

Le sujet est né du constat suivant : l'audition de l'enfant a tendance à devenir une arme utilisée par l'un des parents, en particulier lorsqu'une demande de résidence alternée est formulée. Cette arme peut être utilisée tant au soutien (cas d'un enfant pris dans un conflit de loyauté qui voudra faire plaisir à ses deux parents en exprimant le fait qu'il veut vivre autant avec l'un qu'avec l'autre) qu'à l'encontre (cas d'un enfant inquiet des changements de domicile fréquents) d'une demande de résidence alternée. Cette arme est d'autant plus dangereuse que l'on accorde de plus en plus d'importance à la parole de l'enfant.

Pour rappel, l'audition de l'enfant a été introduite en France par la réforme du divorce de 1975, et a été renforcée progressivement jusqu'à être consacrée comme un droit de l'enfant.

La loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 (N° Lexbase : L6950ITL) reconnaît au juge la faculté de procéder à l'audition du mineur, à condition qu'elle soit nécessaire et qu'elle ne comporte pas d'inconvénient pour l'enfant. Il s'agissait donc d'une simple possibilité, qui revêtait un caractère assez exceptionnel.

Puis la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987, sur l'exercice de l'autorité parentale, a posé le principe de l'obligation pour le juge d'entendre tout mineur de plus de 13 ans, dans le cadre de la procédure de divorce de ses parents (l'audition de l'enfant de moins de 13 ans restant possible à condition qu'elle ne comporte pas d'inconvénient pour l'enfant).

La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (N° Lexbase : L8449G8G), a ensuite consacré, par un article 388-1 du Code civil (N° Lexbase : L8350HW8) -reprenant presque *in extenso* l'article 12, alinéa 2, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant-, la possibilité générale pour un enfant d'être entendu dans toute procédure le concernant. Cet article prévoit que, lorsque le mineur en fait la demande, le juge doit l'entendre, son audition ne pouvant être écartée que par une décision spécialement motivée.

La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance (N° Lexbase : L5932HUA), a modifié l'article 388-1 du Code civil, afin de le rendre conforme aux exigences internationales et communautaires relatives à l'audition de l'enfant, en ce sens que l'audition de l'enfant est devenue de droit lorsque le mineur en fait la demande, et le juge devant s'assurer que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat.

Enfin, le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 (N° Lexbase : L2674IER) est venu préciser les conditions procédurales de l'audition du mineur, et la prise en charge de cette audition lorsqu'elle est réalisée par une personne autre désignée par le juge, en introduisant dans le Code de procédure civile un titre consacré à l'audition de l'enfant en justice, comprenant les articles 338-1 (N° Lexbase : L2700IEQ) à 338-12. Ce texte avait vocation à unifier les pratiques entre les juridictions, mais cette unification est encore loin d'être véritablement effective.

Face à cette montée en puissance de l'audition de l'enfant, les situations dans lesquelles l'enfant n'est plus simplement l'enjeu mais devient l'arbitre, trop souvent manœuvré par l'un ou l'autre des parents, se multiplient. Pourquoi ? L'on peut relever six "failles" dans le régime de l'audition de l'enfant, tel qu'il existe aujourd'hui, qui peuvent favoriser l'utilisation de l'enfant par l'un de ses parents.

Avant d'évoquer ces six points, il convient de s'interroger sur l'intérêt de la résidence alternée pour les enfants, à travers le point de vue d'un psychologue. Ainsi, selon Béatrice Copper-Royer, si la résidence alternée n'est pas en soi idéale, elle présente l'avantage de placer les parents à pied d'égalité vis-à-vis de leurs enfants, et de sortir du schéma d'un gagnant et d'un perdant. En effet, selon les chiffres de l'INED, en France, plus d'un enfant sur quatre vit avec des parents séparés et près de quatre enfants sur cinq résident chez un seul parent, le plus souvent la mère ; par ailleurs, près d'un enfant sur cinq ne voit jamais son père. Le déséquilibre est donc bien réel entre les deux parents. Cela étant, si la résidence alternée apparaît comme un moyen de rétablir un équilibre dans les relations de l'enfant avec ses deux parents, au moins deux conditions doivent être réunies pour que la résidence alternée constitue un véritable intérêt pour l'enfant. La première tient à l'existence d'un dialogue minimum entre les deux parents, autour de tout ce qui concerne leurs enfants. A défaut, la résidence alternée ne peut être bénéfique à l'enfant, qui se trouvera inévitablement confronté à une situation anxiogène. Une seconde condition, selon Béatrice Copper-Royer, touche à l'âge de l'enfant. En effet, la sécurité intérieure d'un tout petit enfant, c'est-à-dire, au moins dans les quatre premières années de sa vie, se construit dans la continuité, qu'il s'agisse de la continuité des soins, ou de la continuité des lieux. Plus l'enfant est jeune, plus il a besoin d'une figure principale d'attachement, ainsi que de repères de lieu et de temps, ce qui ne peut être assuré dans le cadre de la résidence alternée. Celle-ci retrouve, en revanche, un intérêt certain dès lors que l'enfant est plus âgé.

1. L'information de l'enfant de son droit à être entendu repose exclusivement sur le parent

L'article 338-1 du Code de procédure civile prévoit, en effet, que "*le mineur capable de discernement est informé par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant*".

L'information de l'enfant de son droit à être entendu passe donc par le parent. En principe, le juge doit s'assurer que l'enfant a bien été informé de son droit ainsi que le prévoit l'article 388-1, alinéa 4, du Code civil. Mais, en pratique, il apparaît difficile pour celui-ci de vérifier que cette information a bien été transmise. Interrogé sur cette difficulté, le ministre de la Justice, dans une réponse ministérielle du 30 juin 2009 (QE n° 36 623, réponse publiée au JOAN du 30 juin 2009), a considéré qu'il ne paraissait pas "*opportun d'imposer au magistrat de recevoir systématiquement l'enfant pour lui indiquer cette possibilité. Il semble en effet plus adapté que l'obligation d'information du mineur sur ses droits pèse au premier chef sur les personnes qui s'en occupent quotidiennement [...]. Pour que les parents soient en mesure de satisfaire à cette obligation à l'égard du mineur, le décret [n° 2009-572 du 20 mai 2009] dispose qu'un avis le leur rappelant doit être joint aux convocations ou aux assignations*" (cf. C. pr. civ., art. 338-1, alinéas 2 et 3, qui prévoient que lorsque la procédure est introduite par une requête, la convocation à l'audience est accompagnée d'un avis rappelant les dispositions de l'article 388-1 du Code civil, et celle du premier alinéa de l'article 338-1 du Code de procédure civile ; lorsque la procédure est introduite par un acte d'huissier, l'avis men-

tionné à l'alinéa précédent est joint à celui-ci). En cause d'appel, devant la cour d'appel de Paris, ce rappel figure dans l'injonction de mise en conformité des conclusions et de production des pièces qui est adressé aux parties par le magistrat de la mise en état. Dans sa réponse ministérielle, le ministre de la Justice poursuit en indiquant qu'"il appartiendra ensuite au magistrat saisi de vérifier en cours de procédure que le mineur a effectivement été destinataire de l'ensemble des informations requises". Le problème qui se pose en pratique est le suivant : soit le juge ne pose pas la question aux parents de savoir s'ils ont effectivement communiqué cette information à l'enfant ; soit il pose la question, mais en tout état de cause, il est impossible de vérifier que cette information a effectivement été donnée. Pour parer à cette difficulté, le TGI de Saint-Denis de la Réunion a mis en place une pratique consistant à faire signer aux parents un formulaire par lequel ils certifient avoir informé l'enfant de son droit à être entendu, lequel formulaire est annexé à la décision.

Comme le dit Eric Bazin, Magistrat, l'obligation pour le juge de s'assurer que le mineur a été informé de son droit à être entendu n'est "qu'une simple prescription formelle". C'est d'ailleurs ce qu'il ressort d'un arrêt rendu par la Cour de cassation (Cass. civ. 1, 28 septembre 2011, n° 10-23.502, F-D N° Lexbase : A1327HYS), posant le principe selon lequel un parent n'est pas recevable à reprocher à un juge d'avoir omis de vérifier si l'enfant avait été informé de son droit à être entendu et assisté d'un avocat, dès lors que la charge d'une telle information lui incombait. Il n'appartient donc pas au juge de suppléer la carence d'un parent dès lors que les parents ont été avisés, dans la convocation à l'audience, de leur obligation d'informer leur enfant de ses droits.

A noter qu'il existe un cas où la question de l'information de l'enfant par ses parents ne se pose pas. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle c'est le juge lui-même qui, d'office, décide d'entendre l'enfant. Aucun texte ne prévoit cette faculté, mais la jurisprudence l'a admis, précisant que, dans cette situation, le juge doit obligatoirement en aviser les parties (cf. Cass. civ. 1, 3 décembre 2008, n° 07-11.552, FS-P+B+I N° Lexbase : A4769EBA, lorsque le juge décide même d'office de l'audition d'un enfant sur le fondement du premier texte, le secrétariat de la juridiction doit, en vertu des derniers, en aviser les défenseurs des parties ou à défaut les parties elles-mêmes).

En dehors de cette hypothèse particulière, tout repose donc sur la bonne volonté des parents. Mais finalement, la question n'est pas tant de savoir si l'information a été transmise ou non, mais plutôt de savoir comment elle a été délivrée (de manière neutre, ou au contraire orientée), sachant que cette donnée est encore moins vérifiable.

Du point de vue de la psychologue, il est évident que la délivrance de l'information par les parents ne peut être satisfaisante sachant que ces derniers sont dans une situation conflictuelle, et que les enfants sont, presque systématiquement, sous emprise parentale. Il conviendrait alors plutôt de systématiser l'audition de l'enfant par le juge ou par le biais de l'enquête sociale ou de l'expertise médico-psychologique, ou du moins de prévoir que l'information soit délivrée par un tiers.

2. Pour s'assurer que l'enfant soit entendu, le parent peut l'inciter à en faire la demande directement

L'article 338-2 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L2719IEG) prévoit que "la demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même ou par les parties".

Lorsque c'est le parent qui présente la demande, celle-ci peut être refusée par le juge pour deux motifs : "si le juge ne l'estime pas nécessaire à la solution du litige ou si elle lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant mineur" (cf. C. pr. civ., art. 338-4 N° Lexbase : L2695IEK). Etant précisé qu'une telle décision du juge ne peut être frappée ni d'appel, ni d'opposition, ni de pourvoi en cassation indépendamment du jugement au fond.

En revanche, lorsque la demande émane de l'enfant lui-même, l'article 388-1, alinéa 2, du Code civil pose le principe selon lequel l'audition est de droit en pareil cas. L'article 338-4, alinéa 1, du Code de procédure prévoit toutefois, que le juge pourra refuser de l'entendre si la procédure ne le concerne pas, ou s'il ne dispose pas du discernement nécessaire. Dans ce cas, la décision du juge n'est susceptible d'aucun recours.

Ces règles peuvent ainsi amener le parent à pousser l'enfant à faire lui-même la demande d'audition, et ainsi s'assurer de l'effectivité de son audition.

En pratique, pour formaliser sa demande, l'enfant doit rédiger sa demande par écrit ; il faut savoir que les juges excluent majoritairement les demandes faites par le biais du RPVA au motif que l'enfant n'est pas partie à la procédure.

Il faut savoir également que le fait de passer par l'enfant pour solliciter son audition permet également au parent de faire entendre l'enfant à tout moment de la procédure, et même après la clôture. Si le principe est que la demande d'audition peut être formée par l'enfant ou par le parent en tout état de la procédure, et même pour la première fois en cause d'appel (cf. C. pr. civ., art. 338-2), il semble que, lorsque la demande émane du parent, elle doit respecter

les règles de procédure, à savoir ne pas être formulée postérieurement à la clôture dans une procédure écrite et à l'audience des plaidoiries dans une procédure orale.

Mais si la demande est formée directement par l'enfant, elle peut au contraire l'être jusqu'au délibéré. Dans un arrêt du 18 mai 2005, la Cour de cassation a ainsi estimé, alors que l'enfant avait demandé à être entendu en cours de délibéré, par lettre transmise à la Cour, dans la procédure engagée par son père pour voir modifier sa résidence, que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu imposaient au juge de prendre en compte la demande de l'enfant (Cass. civ. 1, 18 mai 2005, n° 02-20.613, FS-P+B+R+I N° [Lexbase : A3029DIZ](#)).

Dans le cadre d'une procédure écrite, lorsqu'une demande d'audition émanant d'un enfant intervient en cours de délibéré, celle-ci implique la réouverture des débats, ainsi que le prévoit la circulaire du 3 juillet 2009 (CIV/10/09). Dans le cadre d'une procédure orale, une telle demande impliquera une note en délibéré, voire une nouvelle audience.

3. L'absence d'âge minimum pour être entendu pourra conduire le parent à solliciter l'audition d'un enfant très jeune et donc plus malléable

Le législateur de 1993 a, en effet, supprimé la condition d'âge minimum de 13 ans. Désormais, pour être entendu, l'enfant doit simplement être capable de discernement. Faute de définition du discernement par la loi, la jurisprudence a ainsi été amenée à en préciser les contours.

Quatre arrêts récents méritent d'être relevés.

Dans un arrêt rendu le 14 février 2011, la cour d'appel de Lyon, amenée à statuer sur une demande de transfert de résidence, a considéré que la capacité de discernement d'un enfant ne dépendait pas uniquement de la qualité de son expression verbale et de son niveau intellectuel, mais est également liée au contexte affectif dans lequel l'audition peut être réalisée (CA Lyon, 14 février 2011, n° 09/06 550).

Dans un arrêt en date du 4 mai 2012, la cour d'appel de Nîmes, amenée à statuer sur une demande de suppression de la résidence alternée, a jugé que, contrairement à ce que soutenait la mère qui sollicitait l'audition, l'enfant, qui était âgé de 7 ans et demi, ne pouvait avoir le discernement suffisant pour exprimer sa position, ce d'autant moins qu'elle subissait le conflit aigu opposant sa mère à sa grand-mère paternelle, dans des relations pouvant s'apparenter à un syndrome d'aliénation parentale. Son audition n'apparaissait pas opportune ni souhaitable, et serait de nature à raviver des angoisses en la positionnant davantage au cœur d'un conflit (CA Nîmes, 4 mai 2012, n° 12/03 681).

Enfin, la cour d'appel de Bordeaux, tout d'abord dans une décision du 20 mai 2014, a considéré, dans le cadre de la remise en cause d'une résidence alternée, qui avait été présentée par un avocat spécialement mandaté à cet effet, puis par une lettre transmise par la mère elle-même sans qu'elle n'en informe son conseil, ni celui du père, que le jeune âge de l'enfant (11 ans) et le lourd conflit opposant les parties sur la question de la résidence des enfants et les conditions dans lesquelles la lettre du mineur avait été adressée à la cour sans respecter le principe du contradictoire, démontraient que le discernement de ce mineur avait pu être influencé, ce qui rendait peu opportune l'audition de ce mineur (CA Bordeaux, 20 mai 2014, n° 13/05 864 N° [Lexbase : A6180MLH](#)) ; ensuite, dans une décision du 2 juillet 2014, les juges bordelais ont retenu que le premier juge, qui avait dit n'y avoir lieu à audition du mineur afin de ne pas le placer dans une situation de conflit de loyauté envers l'un ou l'autre des parents auquel il apparaît attaché, et pour ne pas faire peser sur ses épaules d'enfant une décision que les adultes ne veulent ou ne peuvent pas prendre, avait estimé que le jeune âge de l'enfant et les écrits qui lui étaient attribués témoignaient que l'enfant était pris dans un conflit que ses parents n'étaient pas capables de résoudre par eux-mêmes et tentaient de l'utiliser pour obtenir une réponse judiciaire favorable ; en l'espèce, l'enfant âgé de 10 ans était trop jeune pour être ainsi impliqué dans la décision à prendre, son discernement étant insuffisant pour qu'il soit entendu par la cour (CA Bordeaux, 2 juillet 2014, n° 13/04 635 N° [Lexbase : A4302MS7](#)).

Il ressort de ces décisions que plusieurs critères doivent être pris en compte pour apprécier la capacité de discernement d'un enfant. En premier lieu, l'âge est un élément déterminant. Selon une étude réalisée par le ministère de la Justice sur la résidence des enfants de parents séparés, en date de novembre 2013, et réalisée sur 6 042 décisions définitives rendues en 2012, les enfants sont plutôt auditionnés à partir de 9 ans et aucun enfant de moins de 7 ans n'a été entendu. Une autre étude menée par des avocats du barreau de Paris (Isabelle Copé-Bessis et Anne Karila) conclut que l'audition est en général réalisée lorsque les enfants sont âgés de plus de 7 ans, certains juges refusant toutefois d'auditionner les enfants avant leur entrée en sixième, soit avant l'âge de 10 ou 11 ans. Certains considèrent qu'il est aujourd'hui impossible pour le juge de refuser de procéder à l'audition de l'enfant pour le seul motif qu'il n'a pas le discernement nécessaire compte tenu de son âge, lorsque l'enfant demande lui-même son audition, cette démarche démontrant forcément le contraire. Enfin, une autre étude (cf. Luc Briand, Magistrat,

AJ Famille, janvier 2012) montre que, s'agissant des enfants de 12 ans et plus, les juges refusent très rarement de les entendre ; pour ceux âgés de 10 et 11 ans, les juridictions sont partagées.

Pour résumer, on peut considérer que la question du discernement ne se pose pas en dessous d'un certain âge (6 ou 7 ans ; pour lequel le discernement est présumé faire défaut) ; de même qu'au-dessus d'un certain âge (13 ans, pour lequel le discernement est présumé acquis). Entre ces deux âges, la capacité de discernement doit ainsi être appréciée au regard d'autres critères : le niveau intellectuel et l'expression verbale de l'enfant (l'avis d'un médecin ou d'un pédo-psychiatre peut être intéressant) ; et la maturité affective de l'enfant (son indépendance d'esprit et sa faculté de juger et d'apprécier avec justesse la situation).

Selon Béatrice Copper-Royer, la capacité de discernement pouvant être définie comme étant la faculté d'évaluer une situation avec recul et rationalité, il apparaît difficile de considérer qu'un enfant de 9-10 ans soit capable de discernement. Si certaines situations peuvent être très franches, dans lesquelles l'enfant même jeune est capable d'exprimer un avis sur une situation qui le fait souffrir, en règle générale l'on peut estimer que l'enfant ne peut analyser des situations aussi complexes. Ce qui est certain est que l'âge de 13 ans correspond à un âge où l'enfant a décentré vers l'extérieur son univers affectif, qui était jusque-là quasi exclusivement tourné vers sa famille ; l'on peut ainsi considérer, objectivement, qu'un enfant de 13 ans dispose du recul nécessaire.

4. La personne auditionnant l'enfant n'est pas toujours apte à déceler une éventuelle instrumentalisation

D'un point de vue juridique, la loi prévoit que l'audition peut être menée par plusieurs personnes. Il s'agit, en premier lieu du juge, conformément à l'article 388-1 du Code civil ; l'article 338-8 du Code de procédure civile précise (N° Lexbase : L2707IEY) que "*lorsque l'audition est ordonnée par une formation collégiale, celle-ci peut entendre elle-même le mineur ou désigner l'un de ses membres pour procéder à l'audition et lui en rendre compte*".

La difficulté qui se pose tient à l'absence de formation des juges pour procéder à l'audition d'un mineur. Les juges ont ainsi des approches différentes, certains posant des questions précises pour aider l'enfant à se positionner, d'autres laissant au contraire l'enfant s'exprimer librement sans lui demander de répondre à une question précise, et surtout en s'abstenant de lui demander directement son avis sur les modalités d'organisation de sa vie.

Aujourd'hui, un avocat est très souvent désigné pour accompagner l'enfant durant l'audition ; il est généralement désigné par le bâtonnier, afin d'éviter que l'un des parents ne choisisse lui-même le conseil. Le rôle de l'avocat d'enfant est alors de l'accompagner lors de l'audition, mais aussi de l'y préparer, de même que lui expliquer la portée de cette audition.

Il faut savoir qu'une Charte de bonne pratique a été établie par les avocats d'enfants du barreau de Paris, en accord avec les magistrats. Il en ressort, notamment, que les avocats d'enfant doivent être mis en contact avec l'enfant avant l'audience, afin de lui expliquer le rôle de l'avocat, la portée de cette audition (et notamment le fait que l'enfant n'a aucun pouvoir décisionnaire, celui-ci appartenant exclusivement au juge) et les techniques d'audition.

Le juge peut déléguer la tâche de l'audition à un autre intervenant, ainsi que le prévoit l'article 388-1 du Code civil qui dispose que l'enfant peut "*être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet*". Cette délégation doit donc être justifiée par l'intérêt de l'enfant. L'article 338-9 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L2714IEA) précise qu'il doit s'agir "*d'une personne qui ne doit entretenir de liens ni avec le mineur ni avec une partie*" et qu'elle "*doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique*". En pratique, il peut s'agir du psychiatre désigné dans le cadre d'une expertise médico-psychologique, le psychologue ou l'assistante sociale qui aura été désigné dans le cadre d'une enquête sociale, ou encore le psychologue rattaché au service des affaires familiales du tribunal de grande instance.

Le contexte de l'audition menée par un tiers est différent de celui de l'audition menée par un juge ; l'avantage tient à ce que l'audition est menée par un spécialiste qui apparaît plus apte à mener l'entretien et à différencier la vraie parole de l'enfant de la reproduction de celle du parent ; de même, cela peut sembler moins impressionnant pour l'enfant. Enfin, tous les membres de la famille sont entendus, ce qui permet de resituer la parole de l'enfant dans le contexte familial.

5. L'enfant peut craindre de s'exprimer librement s'il sait que sa parole va être retranscrite et divulguée à ses parents

Deux principes apparaissent difficiles à concilier, à savoir d'une part, le respect du principe du contradictoire, qui impose que les parents prennent connaissance de ce qui a été dit par l'enfant, afin de pouvoir réagir à ses propos, et d'autre part, la protection de l'enfant qui ne doit pas avoir peur des éventuelles représailles de ses parents.

La conciliation de ces principes est prévue à l'article 338-12 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L2713IE9), qui dispose que *"dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il est fait un compte rendu de cette audition. Ce compte rendu est soumis au respect du contradictoire"*.

Par ailleurs, dans une circulaire du 3 juillet 2009, ayant pour objet de présenter le décret du 20 mai 2009 précité, il est précisé qu' *"aucune forme particulière n'est exigée pour ce compte-rendu qui peut donc être écrit ou oral, que la nature de la procédure est sans incidence sur la forme du compte-rendu ; le compte-rendu établi dans le respect de l'intérêt de l'enfant n'est pas un procès-verbal qui impliquerait une restitution littérale des propos du mineur ; le magistrat ou le tiers n'est donc pas tenu de rapporter in extenso les dires de l'enfant ; il peut s'agir d'une synthèse qui fait état de la teneur des sentiments exprimés par le mineur, dès lors qu'ils présentent une utilité par rapport à la prise de décision du juge ; enfin, dès lors que ce compte-rendu est soumis au principe de la contradiction, il semble opportun que le magistrat ou le tiers explique à l'enfant préalablement à son audition que les parties à la procédure auront connaissance du contenu de ses propos"*.

En pratique, cela diffère d'une juridiction à l'autre. Si certaines juridictions se contentent d'un simple compte-rendu oral à l'audience (cette modalité ayant été validée et jugée conforme au respect du principe du contradictoire, par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 2012 : Cass. civ. 1, 20 juin 2012, n° 11-19.377, FS-P+B+I N° Lexbase : A3103IPM), c'est le plus souvent un compte-rendu écrit qui est mis à disposition des parties, celui-ci ayant été lu à l'enfant en fin d'audition, mais n'ayant pas été signé par l'enfant ni par son avocat. Très rarement, il peut s'agir d'un procès-verbal d'audition établi par le greffier.

Si l'audition a été menée dans le cadre d'une enquête sociale ou médico-psychologique, le compte-rendu correspond alors, non à une retranscription mais à une véritable analyse des propos que l'enfant aura tenus.

6. L'importance accordée à l'avis de l'enfant

Cette importance est consacrée à l'article 373-2-11 du Code civil (N° Lexbase : L7191IMB), qui prévoit que *"lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : [...] les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1"*.

Parce que la parole de l'enfant va porter, le parent pourra être plus tenté de l'influencer. Mais, le juge n'est pas pour autant tenu de suivre l'avis exprimé par l'enfant. La Cour de cassation exige qu'il soit mentionné dans la décision qu'il a été tenu compte des sentiments exprimés par le mineur, sans que les juges ne soient tenus de motiver la décision au regard des souhaits ainsi exprimés, qui ne constituent pas une prétention juridique.

En pratique, force est de constater que l'avis de l'enfant (au-delà d'un certain âge) est souvent suivi.