

DROIT DE GARDE LES LITIGES DANS LES RELATIONS FRANCO - ALLEMANDES

LE DEMENAGEMENT FAMILIAL INTERNATIONAL

Appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge du fond au regard de l'article 3-1 et l'article 12 de la convention internationale sur les droits de l'enfant de 1989 (Convention de New YORK)

Conformément à l'article 3-1 de la CIDE : *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.*

La notion de l'intérêt de l'enfant est codifiée dans les textes de loi allemands et français dans des termes qui se ressemblent:

L'article 371 -1 du code civil français énonce que l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Le **§ 1627 du code civil allemand (BGB)** dispose que l'autorité parentale appartient au père et mère sous leur propre responsabilité et ils l'exercent dans l'intérêt de l'enfant.

Selon l'article 371-2-1 du code civil le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents si l'intérêt de l'enfant le commande, tandis que le **§ 1671 du Code civil allemand (BGB)** prévoit en cas de séparation non temporaire des parents le possible transfert de l'autorité parentale au requérant lorsque la révocation et le transfert de l'autorité parentale correspondent le mieux à l'intérêt de l'enfant.

L'article 373-2-6 du code civil dispose que le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs. Ces dispositions ressemblent au **§ 1697 a du code civil allemand (BGB) qui énonce le principe de prévalence de l'intérêt de l'enfant en ces termes** : *Dans la mesure où il n'en est pas disposé autrement, le tribunal dans les procédures relatives aux affaires familiales prend la décision qui compte tenu des données de fait et des possibilités comme des intérêts légitimes des personnes concernées correspond le mieux à l'intérêt de l'enfant.*

Conformément à l'article 12 : **1. Les Etats parties garantissent 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.**

2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

L'audition de l'enfant est prévue par le § 159 Fam FG en Allemagne et l'article 388-1 du code civil en France.

Malgré une apparente similitude des textes et de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par la jurisprudence, il existe cependant des différences fondamentales entre le droit allemand et le droit français en ce qui concerne notamment le régime de l'autorité parentale et l'audition de l'enfant pratiquée en Allemagne dès le plus jeune âge.

Ces différences ont leur poids en ce qui concerne le déménagement familial international après la séparation d'un couple, une problématique qui se pose de plus en plus souvent au praticien compte tenu de la mondialisation. Ces litiges soulèvent tout particulièrement des questions puisqu'ils entraînent non seulement une distance importante ayant un impact sur le droit de visite et d'hébergement mais également la crainte de se voir à terme appliquer une loi étrangère mal connue. Cette crainte existe de la même manière à l'intérieur de l'Europe qu'à l'échelle internationale, et l'existence de nombreux règlements européens en matière familiale réglant les questions de compétence, de droit applicable et de reconnaissance des décisions judiciaires n'ont pas permis d'apaiser considérablement le débat.

De surcroît, le « déménagement international familial » n'est pas une notion juridique clairement définie dans la plupart des pays.

En France et en Allemagne, il n'existe pas de procédure ni de régime spécifique relatif au déménagement international.

Dans les deux pays, le déménagement international avec l'enfant relève de la procédure de modification des responsabilités parentales.

Le présent exposé a pour objet la comparaison du droit de la famille allemand et français face à une demande de déménagement à l'étranger d'un des parents avec l'enfant.

En France (373-2-1 alinéa 3 c.civ) et en Allemagne (§ 1687 I 1^{er} phrase du code civil allemand), le consentement des deux parents est nécessaire dès lors que l'autorité parentale est exercée conjointement, à défaut d'accord le déménagement à l'étranger est un déplacement illicite de l'enfant, l'autre parent est alors fondé à déclencher sous certaines conditions une procédure de retour de l'enfant dans le cadre de la convention de la Haye du 25.10.1980 et éventuellement le 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.

A. Appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge allemand à l'égard d'un déménagement familial international

A) L'autorité parentale

En droit allemand l'autorité parentale conjointe est dévolue en commun:

1) Lorsque les **parents sont ou ont été mariés** l'autorité parentale est conjointe sauf décision de justice contraire postérieure à la séparation (§ 1626 BGB),

2) Lorsque les parents ne sont pas mariés l'autorité parentale est exercée conjointement dans 3 cas de figures (§ 1626a BGB) :

(1) Si les parents ne sont pas mariés ensemble au moment de la naissance de l'enfant, l'autorité parentale leur est dévolue en commun lorsque :

- *Ils déclarent qu'ils veulent assumer en commun l'autorité parentale (déclaration relative à l'autorité parentale) ou*
- *S'ils se marient ensemble ou*
- *Pour autant que le tribunal familial leur attribue l'autorité parentale conjointe.*

(2) Le tribunal familial attribue conformément à l'alinéa 1 n° 3 sur requête d'un des parents l'autorité parentale ou une partie de l'autorité parentale conjointement aux deux parents, dès lors que cette attribution n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant. Dès lors que l'autre parent ne fait pas valoir de motifs pouvant aller à l'encontre de l'attribution conjointe de l'autorité parentale, et dès lors que de tels motifs ne sont pas perceptibles, il est présumé, que l'autorité parentale conjointe n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant. La charge de la preuve pèse donc sur la mère. (codifié depuis le 19 mai 2013)

(3) Dans les autres cas, c'est à la mère qu'est dévolue l'autorité parentale.

Il convient de souligner que la voie judiciaire permettant au père naturel d'obtenir l'autorité parentale (troisième proposition du premier alinéa et le deuxième alinéa) est issu de la récente réforme de la loi sur l'autorité parentale de parents non mariés codifiée en mai 2013.

Cette réforme a fait suite à la condamnation de l'Allemagne par la Cour Européenne des Droits de l'Homme en date du 3 décembre 2009 (Zaunegger contre l'Allemagne) et la décision du Cour Constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht) du 21.07.2010.

Auparavant, le père non marié n'avait pas la possibilité d'obtenir l'autorité parentale si la mère s'y opposait.

Il s'agissait là d'un véritable « veto » de la mère qui pouvait ainsi tenir en échec toute tentative du père de s'investir dans l'éducation de son enfant. Dans ces conditions, elle pouvait déménager à l'étranger sans avoir à recueillir la moindre autorisation du père, qui n'avait aucun moyen de s'y opposer.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme, saisie par Monsieur ZAUNEGGER, a considéré que § 1626 a BGB était contraire aux articles 8 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

La Cour a rappelé que la notion de famille au sens de l'article 8 "*n'est pas confinée aux relations maritales et peut comprendre d'autres liens 'familiaux' de facto où les parties vivent ensemble hors du mariage*".

Il s'agissait en l'occurrence justement d'une affaire où la mère voulait déménager avec l'enfant dans un autre pays. Le couple s'était séparé pendant la grossesse de la mère et le père qui avait reconnu l'enfant exerçait régulièrement un droit de visite et d'hébergement. Il a pris l'initiative de saisir le juge aux affaires familiales dans le but d'obtenir le droit de choisir la résidence de l'enfant et à défaut l'autorité parentale exclusive, ce qui lui a été refusé compte tenu du fait que cette possibilité n'existait pas en droit allemand.

Après avoir déclaré le § 1626a du BGB par décision en date du 29 janvier 2003 conforme à la constitution, la Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht) s'est inclinée et a déclaré cette disposition contraire à l'article 6 alinéa 2 de la loi fondamentale en juillet 2010 qui dispose que « *Les soins et l'éducation des enfants sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur incombe principalement. L'Etat doit veiller sur leur fonctionnement.* »

La Cour Constitutionnelle fédérale a donné dans sa décision des consignes permettant aux juridictions compétentes d'accorder dès juillet 2010 l'autorité parentale conjointe ou partiellement conjointe au père naturel si une telle demande leur était présentée (renvoi à l'article 1672 du code civil allemand) et qu'elle n'était pas contraire à l'intérêt de l'enfant.

Cette modification substantielle de l'article 1626a du code civil allemand (BGB) prévoyant pour le père naturel le droit de saisir la justice pour solliciter l'autorité parentale conjointe ou exclusive a été entérinée le 31.03.2013 par le Bundestag (l'assemblée parlementaire de la République fédérale d'Allemagne), elle est codifiée depuis le 19 mai 2013.

Il existe donc depuis juillet 2010 la possibilité pour le père naturel d'obtenir l'autorité parentale par la voie judiciaire, ce qui est une évolution tout à fait intéressante qui démontre que la coparentalité a fait son entrée en droit allemand.

3) L'autorité parentale conjointe peut également avoir été obtenue dans un pays étranger conformément à l'article 16 III Convention de la Haye convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération, en vigueur en Allemagne depuis le 01.01.2011 et en France depuis le 01.02.2011, qui dispose...*La responsabilité parentale existant selon la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant subsiste après le changement de cette résidence habituelle dans un autre Etat.*

Lorsqu'un couple (ex deux allemands) a vécu en France et donné naissance à un ou plusieurs enfants, le père naturel dispose de l'autorité parentale conjointe conformément au droit français dès lors qu'il a reconnu l'enfant dans l'année de sa naissance. Le père conserve le bénéfice de l'autorité parentale conjointe lors d'un déménagement du couple en Allemagne sans avoir besoin de saisir le Tribunal aux affaires familiales.

B/ Comment présenter la demande au juge :

A la différence du droit français, le juge allemand ne fixe pas la résidence de l'enfant chez l'un ou l'autre des parents, il attribue l'autorité parentale à titre exclusive à l'un des parents sur le fondement du § 1671 du BGB : (1) *Si le père et la mère exercent en commun l'autorité parentale vivent séparément d'une manière qui n'est pas temporaire, chacun peut demander*

que le tribunal de la famille lui transfère l'autorité parentale ou une partie de celle – ci seulement.

(2) Il y a lieu de satisfaire à la demande.

1. Pour autant que l'autre parent donne son accord, à moins que l'enfant ait accompli ses 14 ans et qu'il s'oppose au transfert.

2. ou si l'on peut s'attendre à ce que la révocation de l'autorité parentale commun et le transfert de celle au requérant correspondent le mieux à l'intérêt de l'enfant).

L'autorité parentale concerne à la fois le soin de l'enfant en tant que personne (Personensorge) et le soin de son Patrimoine (Vermögenssorge).

Le soin de l'enfant en tant que personne se compose de plusieurs éléments:

- Soins/Santé (§ 1631alinéa 1 BGB),
- Education (§ 1631 Alinéa 1 BGB),
- Surveillance (§ 1631 Alinéa 1 BGB),
- Droit de choisir sa résidence (§ 1631 Alinéa 1 BGB),
- Choix de la scolarité (§ 1631a BGB),

En cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, le parent qui souhaite déménager avec l'enfant à l'étranger doit par conséquent obligatoirement demander au minimum l'attribution exclusive du droit de choisir la résidence de l'enfant. Il est parfois préférable de solliciter également le droit de choisir la scolarité de l'enfant.

Lorsque le parent voulant déménager est déjà titulaire exclusif de l'autorité parentale, l'autre parent peut introduire une instance sur le fondement de § 1696 BGB qui prévoit la possibilité d'une modification de l'autorité parentale si l'intérêt de l'enfant l'exige. Il demandera au minimum le transfert du droit de choisir la résidence de l'enfant.

b) L'audition de l'enfant

La deuxième grande différence entre le droit français et le droit allemand concerne l'audition de l'enfant :

En Allemagne il convient de faire application de l'article 159 Fam FG (loi sur la procédure en matière familiale) :

(1)Le tribunal doit entendre l'enfant en personne, lorsqu'il est âgé de quatorze ans révolus, sauf lorsque la procédure concerne les biens de l'enfant et que son audition n'est pas indiquée.

(2) Lorsque l'enfant a moins de quatorze ans, il doit néanmoins être entendu lorsque son inclination, ses liens ou sa volonté ont un intérêt pour la décision ou lorsque son audition est indiquée pour d'autres raisons.

(3) Le tribunal peut renoncer à l'audition pour des raisons très graves. Lorsque le tribunal renonce à l'audition en raison d'un danger imminent il convient de procéder à l'audition ultérieurement.

(4) L'enfant doit être informée de l'objet, le déroulement et l'issue probable de la procédure en cours en fonction de son âge, sauf si des problèmes/inconvénients pour son évolution, son éducation et sa santé sont à craindre. Il faut lui donner l'occasion de s'exprimer.

Si un administrateur ad hoc a été désigné, l'audition de l'enfant doit avoir lieu en sa présence. Par ailleurs, l'organisation de l'audition est à la discrétion (appréciation) de la Juridiction.

La désignation d'un administrateur ad hoc ne dispense en aucun cas le juge de procéder lui-même à l'audition de l'enfant.

La jurisprudence allemande a une conception large des cas où l'audition d'un enfant de moins de quatorze ans est nécessaire, l'enfant devant être entendu dans toute procédure le concernant. La position de la jurisprudence allemande est de fixer à trois ans l'âge à partir duquel l'enfant doit être entendu, le défaut d'audition d'un enfant étant une faute de procédure grave.

La Cour Constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht) a déclaré dans plusieurs décisions l'importance de l'audition de l'enfant qui doit intervenir dès le plus jeune âge.

Voir à titre d'exemple la décision la Cour Constitutionnelle allemande du 23.03.2007 – 1 BvR 156/07 :

« En ce qui concerne le droit de visite et d'hébergement les tribunaux sont tenu de choisir une procédure permettant d'établir une base de décision en fonction de l'intérêt de l'enfant. Pour ce faire, il est nécessaire, même en ce qui concerne un enfant âgé de trois ans, d'ordonner son audition par le juge pour connaître sa volonté ».

En l'occurrence, le Tribunal avait débouté le père de l'enfant d'un droit de visite et d'hébergement considérant que l'enfant était trop petit pour envisager un hébergement. La Cour Constitutionnelle allemande y a vu une violation de l'article 6, alinéa 2 de la loi fondamentale.

Il ressort cependant de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle allemande que la volonté de l'enfant est seulement à prendre en considération pour autant qu'elle correspond à son intérêt. La volonté de l'enfant perd ainsi de son importance lorsqu'elle est basée sur une influence massive d'un des parents ou sur un conflit de loyauté important.

Conformément au § 158 de la procédure en droit de la famille (FamFG), le juge aux affaires familiales allemand doit désigner un mandataire ad hoc (certains pensent qu'il s'agit d'un curateur de la procédure compte tenu de l'importance de ses prérogatives) notamment lorsque l'intérêt de l'enfant est en contradiction avec celui de ses parents et lorsqu'il s'agit de transférer l'autorité parentale totalement ou partiellement d'un parent sur l'autre. En cas de déménagement familial international la désignation d'un mandataire est par conséquent nécessaire. Ce mandataire ou curateur de la procédure a pour mission d'informer l'enfant de l'objet, du déroulement et de l'issue de la procédure en tenant compte de son âge, bien

souvent il a également pour mission de dialoguer avec les parents et de faire un rapport et des propositions au juge. Il défend activement les intérêts de l'enfant. En principe il est présent lors de chaque audience et lors de l'audition de l'enfant.

Il convient à cet égard de mentionner que dans toute procédure qui concerne les intérêts d'un enfant, le juge doit également entendre le « Jugendamt » (service d'administration de la jeunesse), en application du § 162 du code de procédure familiale (FamFG). Ce dernier est partie à la procédure, tout comme le mandataire ad hoc susvisé. En droit allemand on parle dans le cadre d'une procédure qui concerne le droit de la famille de « participants » et non pas de « parties », pour pacifier les débats.

Compte tenu de l'ensemble de ses dispositions, il apparaît que la parole de l'enfant a une place toute relative qu'il convient de mettre en relation avec le rôle des autres personnes qui interviennent dans son intérêt. En tout état de cause, la place de l'enfant est importante dans la procédure familiale allemande et peut être mal vécue par les parents qui se voient évincés de tout pouvoir d'appréciation de l'intérêt de leur enfant. L'intervention du « Jugendamt » notamment donne lieu à de nombreuses controverses.

c) Critères de la jurisprudence allemande:

Le critère primordial pour toute décision concernant l'exercice de l'autorité parentale est l'intérêt de l'enfant (§ 1672 I du code civil allemand). L'intérêt de l'enfant est cependant une notion juridique indéterminée qui laisse une large place d'appréciation aux magistrats. En droit allemand on parle de « Wohl des Kindes » ce qui signifie littéralement traduit « le bien être de l'enfant ».

Selon la jurisprudence de la Cour fédérale de Justice (BundesGerichtshof) l'intérêt de l'enfant se compose de plusieurs critères d'importance:

-capacité d'éducation, (Erziehungseignung)

-capacité d'encourager et de soutenir l'enfant sur un plan scolaire, (Förderungskompetenz)

-capacité de respecter les droits parentaux de l'autre parent et la relation de l'enfant avec l'autre parent, (Bindungstoleranz der Eltern) (voir § 1626 III 1^{ère} phrase du code civil allemand).

-l'attachement de l'enfant à chacun de ses parents, (Bindungen des Kindes)

-principe de continuité, (Kontinuitätsprinzip)

et la volonté de l'enfant (Kinderwille). (§159 du code de la procédure en matière familiale/FAMFG).

Aucun des critères n'est prépondérant. Il relève de l'appréciation du juge du fond de déterminer dans chaque cas individuellement quel critère est à privilégier.

En même temps, il convient de tenir compte de l'égalité des droits parentaux des deux parents qui sont équivalents, puisque l'autorité parentale n'est pas supérieure au droit de visite et d'hébergement, au contraire il s'agit de deux aspects de la responsabilité parentale exercée

dans l'intérêt de l'enfant qui sont tous deux protégés de la même manière par l'article 6 II première phrase de la Loi Fondamentale (Constitution allemande).

La Cour fédérale de Justice (BGH) a décidé à plusieurs reprises que le droit de déménager et de s'installer à l'étranger fait partie du droit fondamental de la liberté d'action. Elle a ainsi considéré que ce droit doit l'emporter face au droit de l'autre parent d'avoir des relations avec son enfant et un droit de visite et d'hébergement sans avoir à fournir des efforts particuliers (décision de la Cour fédérale de Justice du 6 décembre 1989 IVb ZB 66/88- Fam RZ 1990, 392,393 m N.)

La question qui s'est posée était de savoir si le motif du déménagement est également un critère d'appréciation du juge, ce principe ayant été consacré par plusieurs juridictions de fond.

Notamment, la Cour d'Appel de Munich a à plusieurs reprises déclaré que les motifs du déménagement doivent être valables (décision du 12 mai 2008, 12 UF 238/06 ; décision du 03.09.2008, 16 WF 1252/08 ; décision du 9 avril 2009, 2 UF 1818/08).

La décision du 9 avril 2009 (2 UF 1818/08) a été soumise à la Cour Fédérale de Justice et a fait l'objet d'une censure. Il s'agissait d'un couple allemand avec un enfant âgé de 8 ans. La mère a sollicité le droit de choisir la résidence de l'enfant pour rejoindre son nouveau conjoint au Mexique et réaliser leur projet professionnel commun. En première instance le Tribunal aux affaires familiales avait rejeté sa demande. Cette décision a été réformée par la Cour d'Appel de Munich.

Au regard de l'importance du droit d'exercer un droit de visite et d'hébergement de l'autre parent (§ 1626 III BGB, article 9 CIDE), la Cour d'Appel de Munich a posé comme principe qu'un déménagement doit revêtir des motifs d'une importance supérieure, tels que le retour d'un des parents dans son pays d'origine ou un déménagement pour des raisons professionnelles ayant pour but de sécuriser la situation matérielle de la famille.

En l'occurrence la Cour s'est penchée sur le projet de vie de la mère en soulignant qu'il s'agissait pour la mère de réaliser son rêve de vie et qu'elle avait la possibilité d'exercer dans la société de son conjoint sa profession, ce qui lui permettait de vivre dans une situation matériel très confortable. La Cour d'Appel de Munich a déclaré qu'au regard de l'importance des motifs de la mère de déménager, les restrictions concernant le droit de visite et d'hébergement du père étaient acceptables.

Selon la Cour d'Appel, il existe une présomption que l'attachement de l'enfant à la personne ayant exercé l'autorité parentale jusque là est important au point qu'un transfert de l'autorité parentale n'est envisageable qu'en cas de relation de qualité avec l'autre parent et/ou la mise en danger des intérêts de l'enfant en cas de déménagement.

La Cour d'Appel s'est dès lors penché sur les nouvelles conditions de vie de l'enfant au Mexique et a décidé que le projet de scolarisation de l'enfant dans une école internationale privée était sérieux et présentait même une chance d'évolution formidable pour l'enfant. La Cour a considéré qu'il ne convenait pas de partir du principe qu'une éducation et scolarisation en Allemagne serait forcément la meilleure solution, puisqu'en Mexique il existait la possibilité de bénéficier d'un apprentissage approfondie de plusieurs langues (anglais, espagnol et allemand). Il n'était, selon la Cour d'Appel, pas à craindre que la mère veuille

tenir la relation avec le père en échec puisqu'elle déménageait clairement pour rejoindre son conjoint et bâtir un projet professionnel. De plus, elle avait prévenu le père de ce projet depuis plus d'un an, lui proposant un droit de visite et d'hébergement d'au minimum 57 jours par an.

L'enfant, qui s'était en première instance opposé au déménagement a changé d'avis en deuxième instance précisant qu'il connaissait bien l'endroit de sa nouvelle résidence pour avoir passé plusieurs séjours au Mexique.

La Cour a certes considéré qu'il serait davantage dans l'intérêt de l'enfant de rester avec sa mère en Allemagne pour maintenir une relation très proche avec son père, mais que cela n'était pas suffisant pour ne pas respecter la décision de la mère de partir au Mexique.

La Cour d'appel a donc confronté directement les droits parentaux du père d'exercer un droit de visite et d'hébergement au droit de déménager de la mère.

En l'occurrence, le droit de déménager de la mère serait supérieur aux droits parentaux du père dès lors qu'elle invoque des raisons importantes et valables à l'appui de son déménagement.

Cet arrêt de la Cour d'Appel de Munich a été cassé par la Cour fédérale allemande (BGH) par une **décision du 28 avril 2010 (AZ: XII ZB 81/09)** :

La Cour fédérale de Justice a rappelé l'ensemble des critères composant l'intérêt de l'enfant.

Elle a rappelé qu'il faut à côté de l'intérêt de l'enfant également tenir compte des droits des parents conformément à l'article 6 II 1^{re} Phrase de la Constitution allemande : *(2) Elever et éduquer les enfants sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur incombe en priorité.*

Mais la Cour fédérale a considéré qu'en principe les motifs qui déterminent le parent de déménager ne rentrent pas en ligne de compte, car compte tenu de la liberté d'agir consacrée dans la loi fondamentale (Article 2 de la loi fondamentale : *(1) Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale*), aucune juridiction ne saurait interdire à un parent de déménager à l'étranger rappelant qu'il s'agit là d'un droit supérieur au droit de l'autre parent d'exercer un droit de visite et d'hébergement sans avoir à fournir des efforts particuliers.

La Cour fédérale considère que la liberté de déplacement qui n'est concernée qu'à titre indirect, dans la mesure où le parent souhaitant déménager est restreint dans cette liberté s'il veut continuer d'exercer ses droits parentaux comme auparavant.

Il ne s'agit donc pas d'opposer la liberté d'agir de l'un des parents aux droits parentaux de l'autre, mais tout simplement mettre en parallèle les droits parentaux des deux parents et de rendre une décision à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant, sans tenir compte du motif du déménagement.

La Cour fédérale a rappelé aussi que le simple fait de vouloir déménager, même si ce déménagement rend l'exercice du droit de visite et d'hébergement de l'autre parent plus compliquée, n'entraîne pas une présomption de nuire à l'intérêt de l'enfant, malgré les termes

du § 1626 III 1^{re} phrase du BGB: « la relation de l'enfant avec ses deux parents fait partie intégrante de l'intérêt de l'enfant (ou du bien de l'enfant) » et de l'article 9 de la CIDE.

Selon la Cour fédérale justice il faut partir du principe que l'un des parents déménage. Il n'y a dès lors pas lieu de juger en comparant l'intérêt de l'enfant de rester avec la mère en Allemagne ou de partir avec elle à l'étranger, mais plutôt en comparant l'intérêt de l'enfant d'émigrer avec la mère ou de rester dans le pays avec le père.

Les raisons de l'émigration sont seulement prises en compte pour vérifier que le véritable motif n'est pas de faire échec au droit de visite et d'hébergement de l'autre parent.

Dans le cas précis, la Cour fédérale a par ailleurs considéré que la Cour d'Appel de Munich n'avait pas suffisamment mise en évidence la situation de l'enfant en visant le § 26 FAM FG (*Le tribunal doit d'office prendre les mesures permettant d'établir les faits nécessaires/déterminants à la prise de la décision*).

Elle a particulièrement insisté sur l'importance du rôle du « Verfahrensbeistand », (curateur/mandataire de procédure pour l'enfant) rappelant l'obligation des juridictions de permettre à ce dernier d'exercer ses fonctions.

La Cour fédérale de Justice en a conclu que la Cour d'Appel de Munich a commis des fautes de procédure en omettant d'auditionner l'enfant par le Senat, au lieu du magistrat rapporteur, et en dehors de la présence du curateur de procédure (Verfahrensbeistand), et ce d'autant plus que lors de la première instance l'enfant s'était prononcé contre le déménagement.

Elle a également rappelé l'opportunité d'une expertise dans les affaires de cette importance.

La décision de la Cour fédérale de justice est particulièrement éclairante en ce qui concerne la hiérarchie des intérêts en question permettant aux parties d'argumenter dans un cadre qui exclut toute polémique sur le choix de vie du parent voulant déménager et de concentrer l'analyse en tout premier lieu sur l'intérêt de l'enfant tout en respectant les droits parentaux des deux parents, y compris les droits de celui qui souhaite déménager.

La jurisprudence fait application des différents critères dégagés par la Cour de Justice Fédérale en fonction de l'évaluation de chaque espèce.

Cour d'Appel de Berlin du 5 septembre 2008 Rg n° 18 UF 83/08

Critère prépondérant: le principe de continuité compte tenu de l'état psychologique fragile des enfants en raison de la rupture.

Une mère qui avait sollicité et obtenu 5 mois plus tôt le droit de choisir la résidence des enfants voulait déménager à Pékin pour des raisons professionnelles (journaliste correspondante à l'étranger). Malgré la réalité et le sérieux de son projet professionnel la Cour d'Appel de Berlin a considéré qu'il était dans l'intérêt des enfants de poursuivre leur prise en charge quotidienne en Allemagne compte tenu notamment de leur état psychique fragilisé après la rupture. Il existait chez eux un besoin d'une continuité de leur situation de vie. En

l'occurrence l'autorité parentale a ainsi été transférée au père. La Cour a souligné que ce dernier faisait preuve d'une très grande tolérance concernant les relations des enfants avec la mère.

Cour d'Appel de Berlin du 06.08.2009 RG n° 13/UF 106/08:

Critère : attachement à la mère, âge de l'enfant 10 ans, 2 expertises.

Dans cette affaire où les parents exerçaient ensemble l'autorité parentale, en vertu d'une convention de divorce, la Cour d'Appel de Berlin avait à décider sur l'attribution du droit de choisir la résidence de l'enfant puisque la mère voulait déménager en France (à Nice) pour rejoindre son nouveau compagnon. En première instance, le droit de choisir la résidence de l'enfant a été attribué au père en dépit d'une expertise apparemment très insuffisante ayant axé sa décision prioritairement sur les difficultés scolaires de l'enfant.

Il s'agit d'une décision particulièrement longue et argumentée où la Cour d'Appel de Berlin passe au crible l'ensemble des critères et énonce que si conformément aux articles 6 alinéa 2 et 3 de la Constitution allemande les deux parents sont en droit de prendre soin de leur enfant et de l'éduquer, il convient de confronter ce droit à leur responsabilité de protéger l'intérêt de leur enfant.

Elle déclare qu'il n'existe aucune présomption légale que l'autorité parentale conjointe est dans le doute la meilleure solution pour l'enfant. Au contraire, compte tenu de l'absence de toute possibilité d'accord, il était nécessaire de transférer le droit de choisir la résidence de l'enfant à un seul des parents pour extraire l'enfant de cette situation conflictuelle, ce qui n'était pas contesté par les parents.

La Cour a finalement attribué à la mère le droit de choisir la résidence de l'enfant, soulignant que cela correspondait à la volonté de l'enfant dont la mère était la personne principale d'attachement. La Cour a considéré qu'en présence d'un enfant de 10 ans seulement, le critère d'attachement à la personne devait l'emporter face au critère de l'attachement à l'environnement (école, lieu d'habitation etc.), après avoir mis en évidence que la perte de la relation avec la mère aurait été un traumatisme pour l'enfant et que les relations avec le père ne changeraient pas fondamentalement puisque ce dernier exerçait un droit de visite et d'hébergement tous les 15 jours de jeudi soir à lundi matin, et que suite au déménagement seulement le rythme de ce droit de visite changerait à l'avenir.

Cour d'Appel de Berlin du 09.02.2011 RG n° 3 UF 201/10 –

Critère : L'attachement de l'enfant à la mère et l'aptitude au respect des droits parentaux de l'autre parent/ mobilité du père

Dans cette affaire, la mère d'origine russe souhaitait retourner avec l'enfant en Russie où elle avait trouvé un emploi. L'enfant a vécu de novembre 2008 à juin 2009 chez son père qui avait obtenu dans le cadre d'une procédure de référé provisoirement le droit de choisir sa résidence.

Dans la procédure au fond qui a suivi ce référé, une expertise approfondie de la situation de l'enfant a eu lieu. Il s'est avéré que la mère présentait en raison notamment d'une plus grande

tolérance des droits du père, de meilleures capacités éducatives que ce dernier. De plus, l'enfant montrait à son égard un plus grand attachement, et une souffrance générée par son absence. Le père n'avait certes jamais contesté les capacités éducatives de la mère dès lors qu'elle s'installe à proximité de son propre domicile, il avait également financé plusieurs vols afin qu'elle puisse exercer un droit de visite et d'hébergement, et lui avait mis à disposition son logement, mais ces efforts étaient anéantis par la critique sans précaution verbale de la mère qui mettait l'enfant dans une situation de conflit difficilement supportable. Le père n'a pas été capable de mentionner ne serait ce qu'une qualité positive de la mère vis-à-vis de l'expert. Elle serait hystérique, nerveuse, typiquement russe etc. En revanche la mère a été beaucoup plus objective et nuancée et a pu mettre en évidence également les qualités du père. La Cour d'Appel de Berlin a par ailleurs considéré que pour un enfant de 5 ans qui n'est pas encore scolarisé dans une école élémentaire, l'aspect de l'intégration sociale invoqué par le père était secondaire concernant son évolution par rapport à l'attachement à sa mère.

La Cour d'Appel de Berlin a clairement énoncé que le refus de la mère de vivre avec le soutien financier du père à Berlin ne pouvait être considéré comme constitutif d'une incapacité éducative.

Conformément à la jurisprudence de la Cour fédérale de justice, la Cour d'Appel de Berlin a jugé que le motif du déménagement ne rentrait pas en ligne du compte, et qu'indépendamment du droit de liberté d'action de la mère de l'enfant, il n'était pas plus raisonnable de lui infliger une renonciation à une vie professionnelle qu'au père.

La Cour avait également tenu compte de la possibilité pour le père d'exercer un droit de visite et d'hébergement puisqu'il avait pu financer les transports à la mère, et que celle – ci s'était engagée de l'aider pour obtenir un visa permanent (critère de mobilité du père).

Il convient de souligner que dans cette affaire l'enfant n'a pas été entendu par la Cour d'Appel, compte tenu du fait qu'il avait un curateur de procédure (Verfahrenspfleger) et que l'expert a de façon approfondie rendu compte de l'évolution, la personnalité et les liens émotionnels de l'enfant, sachant que l'enfant a toujours réagi par un comportement d'évitement à la question chez qui il veut vivre, répondant le tout et son contraire, ce qui ne plaidait, selon la Cour, pas pour l'audition de l'enfant âgé de 5 ans seulement.

Cour fédérale de Justice (BGH) 16.03.2011, XII ZB 407/10 Décision dans une affaire franco allemande :

Critère prépondérant : Principe de continuité/volonté initiale commune des parents de confier l'exercice de l'autorité parentale à la mère.

Dans cette affaire, la Cour de Justice Fédérale (BGH) a rappelé de nouveau que les raisons du déménagement ou de retour dans le pays natal ne sont pas à vérifier par le juge aux affaires familiales. La mère de nationalité allemande et le père de nationalité française français ont vécu ensemble en France, et se sont séparés après la naissance de l'enfant. La mère a déménagé avec l'enfant en Allemagne. Le litige portait au départ sur le choix de l'école. En appel le père a obtenu l'autorité parentale exclusive. Cette décision est remise en cause par la Cour Fédérale de Justice (BGH) au motif que l'enfant n'a pas été entendu et la Cour d'Appel n'a pas clairement indiqué en quoi le père aura davantage de capacité éducative que la mère.

Le BGH a également souligné un autre aspect, soit **le choix commun initial des parents d'attribuer le droit de déterminer la résidence à la mère** (qui rappelle les termes de l'article 373-2-11 du code civil). Cette volonté initiale des parents doit selon la Cour de Justice Fédérale être prise en compte conformément au § 1671 du BGB, puisque ce consensus permet de présumer que ce choix est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Il en ressort encore une fois que la Cour fédérale de justice allemande est très attentive à ce que les juridictions recherchent et établissent clairement le contexte dans tous les détails déterminants pour la décision (§ 26 FAM FG).

Conclusions :

Le traitement de la problématique du déménagement familial international en Allemagne tient compte de la liberté d'agir des parents et de la protection des droits parentaux à la lumière de l'intérêt de l'enfant exclusivement. Il existe un encadrement jurisprudentiel rassurant permettant au praticien d'agir avec discernement. Le fait qu'aucun des critères composant l'intérêt de l'enfant n'a plus d'importance qu'un autre entraîne nécessairement un aléa judiciaire. On constate l'existence de décisions permettant le déménagement avec l'enfant comme de décision transférant l'autorité parentale (ou le droit de choisir la résidence de l'enfant à l'autre parent), fût il le père.

B Appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge français à l'égard d'un déménagement familial international

1) L'autorité parentale

La loi du 4 mars 2002 instaure le principe général d'exercice en commun de l'autorité parentale :

Conformément à l'article 372 du Code civil les père et mère exercent en commun l'autorité parentale, sauf lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre. Dans ce cas ce dernier reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant.

L'autorité parentale pourra dans ce cas être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales.

Conformément à l'article 373-2 alinéa 1 du code civil :

La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

En France, l'exercice conjoint de l'autorité parentale est donc la règle et ne nécessite sauf exception aucune démarche judiciaire particulière. La position du père naturel est par conséquent plus favorable qu'en Allemagne.

Le projet de déménagement ne nécessite pas le transfert même partiel de l'autorité parentale, mais la fixation par le juge aux affaires familiales, de la résidence de l'enfant au nouveau

domicile du parent qui déménage ou celui de l'autre parent, et la fixation d'un droit de visite d'hébergement.

2) L'audition de l'enfant

En droit français, l'audition de l'enfant est prévue à l'article 388-1 du Code civil qui dispose que :

Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet.

Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat.

En France aucun âge n'est fixé, l'âge de discernement est apprécié au cas par cas, ce qui donne lieu à une jurisprudence disparate.

Pour unifier cette jurisprudence il existe des conventions entre certains barreaux avec le TGI, ex **Convention parisienne pour l'amélioration de la pratique de l'audition d'enfant** convenue entre le Tribunal de Grande Instance de Paris, représenté par Madame Chantal Arens et l'Ordre des Avocats du Barreau de Paris représenté par Monsieur le Bâtonnier Jean Castelain.

La Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant convenue entre le Tribunal de Grande Instance de Nice, représenté par son Président Monsieur Jean-Michel HAYAT et l'Ordre des Avocats du Barreau de Nice représenté par Monsieur le Bâtonnier Éric ÉDEL établie le 3 juin 2009 prévoit dans son « IV – SUR L'AUDITION DE L'ENFANT » qu'il est « *convenu de fixer autour de l'âge de sept à huit ans l'âge théorique auquel l'enfant est capable de discernement.* » L'objectif est d'uniformiser la jurisprudence.

L'existence de ces conventions est généralement mal connue.

Selon une jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation du 18 mai 2005 au visa des articles 3.1 et 12.2 de la Convention de New York le mineur capable de discernement peut faire sa demande d'être entendu en tout état de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel, et que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée...même en cours de délibéré.

L'enfant peut être assisté par un avocat de l'antenne des mineurs, ce dernier joue un rôle d'assistance et n'est pas le porte – parole de l'enfant.

Tout comme en droit allemand, l'avis exprimé par l'enfant ne lie pas le juge. La Cour de Cassation pose comme principe la nécessité de mentionner dans la décision qu'il a été tenu compte des sentiments exprimés par l'enfant (civ.2, 20 nov.1996 n° 93-19.937).

Il ressort d'un questionnaire diffusé sur Jafbase, qu'une formation à effet d'entendre un enfant n'est pas obligatoire pour les juges (AJ Famille, Janvier 2014, parole de l'enfant, page 17).

3) La jurisprudence

En cas de désaccord sur le projet de déménagement, le parent le plus diligent saisi donc la justice et sollicite une modification des mesures concernant l'enfant conformément à l'article 373-2 alinéa 3 du code civil.

Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

En droit français, conformément à l'article **373-2-11 du code civil**, lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :

1. La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure.
2. Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues pour son audition en justice.
3. L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre.
4. Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant.
5. Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales.
6. Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre.

Ces critères s'appliquent évidemment également en cas de déménagement international.

Le juge aux affaires familiales fixera la résidence de l'enfant en fonction notamment des critères susvisés et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La Cour de cassation, chambre civile 1, audience publique du mardi 13 mars 2007 N° de pourvoi: 06-17869 a rappelé que l'intérêt supérieur de l'enfant est primordial et que le juge aux affaires familiales statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant:

« Attendu que pour fixer la résidence de l'enfant, Laëtitia, chez sa mère et autoriser cette dernière à quitter, avec sa fille, le territoire français pour résider au Canada, l'arrêt énonce que M. X..., qui s'est investi tardivement dans sa paternité, après avoir consenti au départ de sa fille, s'y est opposé pour des raisons peu claires, semblant vouloir punir la mère qui, ayant favorisé les liens affectifs du père avec sa fille, ne pouvait être soupçonnée de vouloir faire obstacle à leurs relations ».

La Cour de Cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel en considérant que *ce sont des motifs sans rapport avec l'intérêt de l'enfant considéré comme primordial, ce qu'elle n'a pas recherché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;*

La référence à l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant permet de souligner que l'intérêt de l'enfant prime sur celui de l'un ou de l'autre des parents et que la considération de cet intérêt doit être au cœur de toute décision.

Quelles sont dans ces conditions, la place et l'importance des motifs du déménagement et de la liberté d'agir des parents en droit français ?

Cour d'Appel Montpellier, chambre 1, section C du 21 juillet 1999 Jurisdata 1999-103420:

Critère : Sérieux du dossier d'émigration

La mère avait formé avec son nouveau mari et ses enfants le projet de vivre au Canada. Elle a sollicité préalablement par lettre recommandée l'accord du père et notamment de signer l'autorisation réclamée par les autorités canadiennes. La Cour d'appel a infirmé la décision de première instance et a considéré que le dossier d'immigration était complet et sérieux permettant au couple dans le foyer duquel l'enfant était élevé de trouver une situation professionnelle stable.

Cour d'Appel de Paris, chambre 3 Pole 3, RG n° 13/08843 en date du 27 juin 2007 :

Critères : sérieux des motifs, réalité des contraintes professionnelles, attachement au parent voulant déménager :

Malgré le prochain déménagement de la mère à Tahiti, il convient de fixer la résidence de l'enfant chez la mère. En effet, d'une part, ce sont des contraintes professionnelles qui ont poussé la mère à chercher du travail à Tahiti, dont elle est originaire, et non la volonté de porter atteinte aux droits du père. Elle y a trouvé un emploi à durée indéterminée et à temps partiel, avec une meilleure rémunération que son ancien salaire en métropole, et a conclu un bail pour un appartement de quatre pièces. D'autre part, le jeune âge de l'enfant contre-indique une séparation brutale d'avec la mère à laquelle il très attaché. L'enfant est parfaitement habitué à l'environnement tahitien où vit une partie de sa famille. De son côté, le père est moins disponible et a une nouvelle compagne, que l'enfant ne connaît pas encore.

Il en ressort que sans porter un jugement sur les motifs du départ, la Cour se limite à la vérification de la réalité des contraintes professionnelles invoquées et l'absence de volonté de

la mère de porter atteinte aux droits du père. Le jeune âge de l'enfant et l'attachement à la mère justifient la fixation de la résidence chez elle.

Cour d'Appel de Rennes Chambre 6, du 7 septembre 2006 n° 06/05176 :

Critères :

Attachement à un des parents, aptitudes éducatives, enfant épanoui et équilibré, départ en raison de mutation professionnelle, preuve non rapportée d'une volonté de méconnaître les droits paternels.

Audition de l'enfant âgé de 11 et demie : équilibré et épanoui.

Dans cette affaire, il s'agit d'un enfant âgé de 11 ans et demi dont la résidence a été fixée chez sa mère au sein d'une famille recomposée. Celle – ci a demandé l'autorisation de partir aux Etats Unis en raison d'une mutation professionnelle de son mari.

La Cour d'Appel a mis en évidence que le départ à l'étranger est expliqué par une mutation professionnelle du mari « attesté par plusieurs documents circonstanciés », et que les capacités éducatives de la mère ne sont pas remises en cause.

Elle a estimé que la décision de déménager ne constitue par conséquent pas une mise en danger de l'équilibre de vie actuelle de l'enfant, même si l'éloignement pouvait être ressenti douloureusement du fait des relations affectueuses entretenues avec le père.

Il ressort de cette jurisprudence que les motifs du déménagement sont mis en évidence notamment pour vérifier qu'il ne s'agit pas d'une volonté délibérée de faire échec aux droits parentaux de l'autre parent, et pour écarter toute mise en danger de l'enfant.

Cour d'Appel de Paris Pôle 3 chambre 2, 2 décembre 2009 RG n° 09-10149

Une mère de nationalité américaine souhaite s'installer avec deux enfants âgés de deux ans et demi et d'un an et demi aux Etats Unis, tandis que le père de nationalité française s'y oppose. Le juge aux affaires familiales de Paris a fixé la résidence des enfants chez la mère à condition qu'elle fixe sa résidence en France métropolitaine.

Sur appel de la mère, la Cour d'Appel de Paris fixe la résidence des enfants chez elle « *sans qu'il y ait lieu d'autoriser ou d'interdire à la mère de fixer son domicile à Paris ou à New York* ».

La Cour d'Appel indique clairement qu'il n'appartient pas au juge d'intervenir dans le choix de résidence d'un parent, ni d'interdire son départ à l'étranger. La Cour d'Appel met dans cette décision l'accent sur le projet de vie et professionnelle de la mère, donc sa liberté d'agir.

Cour d'Appel Bastia du 22 août 2012 n° 12/00214

Critères :

Information préalable du père sans aucune contestation de sa part à ce moment là,

Attachement des enfants vis – à vis de la mère dont les capacités éducatives ne sont pas remises en cause par le père

Absence de volonté de faire échec aux droits parentaux du père

Mobilité du père

La Cour d'Appel a autorisé la mère de déménager avec ses enfants âgés de 3, 5 et 7 ans à Bruxelles suite à une mutation professionnelle. En l'occurrence la mère avait informé le père 8 mois avant de ce projet.

Les parents étaient établis à 150 km l'un de l'autre et l'organisation des filles a été jusqu'à toujours assumée par la mère. Elle proposait de mettre à la disposition du père un studio pour qu'il puisse bénéficier d'un droit de visite quand il le souhaite sans subir des frais de logement. Le père se déplaçait souvent à Paris ce qui laissait supposer une certaine mobilité de sa part. Il n'a en rien critiqué l'éducation donnée aux enfants par la mère sans être en mesure de présenter un véritable projet parental en termes de gestion des conditions de vie de ses enfants.

L'audition des enfants a été sollicitée par la mère mais refusée afin d'éviter dans leur intérêt de les confronter au conflit opposant leur parents.

Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 16 avril 2008, N° de pourvoi: 07-13232 :

Départ aux Emirats Arabes autorisé par la Cour d'Appel de Chambéry d'une mère investie de l'autorité parentale exclusive pour rejoindre son nouveau mari. Le père avait un droit de visite.

La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi du père en considérant que l'expatriation future de la mère avec les enfants n'était pas de nature à entraîner une modification de la résidence des enfants chez la mère, dès lors que les relations des enfants avec le père pourraient se poursuivre lors de l'exercice de son droit de visite et d'hébergement et que les conditions de cette expatriation n'étaient pas contraires aux besoins des enfants.

Il ressort de cette jurisprudence qu'en cas de résidence de l'enfant préalablement fixée chez le parent voulant déménager, l'autorisation est accordée dès lors que l'autre parent peut continuer à exercer un droit de visite et d'hébergement, qu'il ne s'agit pas d'une volonté d'éloigner l'enfant de l'autre parent pour faire échec à ses droits parentaux et que le déménagement est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Civ. 1^{re}, 4 juillet 2006 n° 05-17.833 D 2007 Panorama 1466 obs. Granet- Lambrechts)

Critère : article 373-2-11, 3° c.civ : L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre

La première chambre civile casse un arrêt ayant fixé la résidence habituelle des enfants chez leur mère, en Nouvelle – Calédonie, sans rechercher si le départ de la mère avec les enfants, à l'insu du père et sans laisser d'adresse, ne traduisait pas son refus de respecter le droit des enfants à entretenir des relations régulières avec ce dernier.

Cour d'Appel de Paris 10 mai 2010 (non publié) :

Critères : L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre

En l'occurrence la mère de l'enfant âgé de 6 ans avait obtenu devant les juridictions allemandes l'accord du père de déménager avec l'enfant à Paris. Ce dernier estimait rencontrer des problèmes pour exercer son droit de visite et d'hébergement malgré une grande disponibilité.

Une expertise médico- psychologique avait permis de conclure que les parents avaient des capacités éducatives égales.

La Cour d'Appel de Paris, après avoir mis en évidence l'existence d'une résidence alternée lorsque l'enfant résidait encore en Allemagne, a fixé au bout de deux ans de résidence de l'enfant en France la résidence de l'enfant chez son père en à Berlin en Allemagne.

La Cour d'Appel a constaté la bonne adaptation de l'enfant à Paris, mais également que la mère avait déménagé de nouveau et n'avait à aucun moment favorisé les relations père/enfant mais manifesté à plusieurs reprises son intention de ne pas respecter les droits du père qui a, tout au long, des nombreuses procédures entamées par la mère de l'enfant, manifesté son intérêt pour son fils et a fait preuve d'initiative pour maintenir sa relation avec lui sans porter atteinte à celle de la mère.

La Cour d'Appel de Paris a déclaré que la fixation de la résidence principale de l'enfant doit être appréciée non seulement au regard des capacités éducatives des deux parents, mais également, en tenant compte de « l'aptitude de chacun d'eux à respecter les droits de l'autre parent, ce qui constitue un élément important de l'intérêt supérieur de l'enfant... ».

Il ressort de ces deux dernières jurisprudences l'importance que la jurisprudence française attache au respect des droits parentaux de l'autre parent (article 373-2-11 n° 3 c.civ. article 9 CIDE), allant jusqu'à remettre en question le dé ménagement de l'enfant en France et d'ordonner un retour de l'enfant au parent le plus à même de respecter les droits de l'autre et par la même l'équilibre et le bien être de l'enfant.

Ordonnance de non conciliation du Juge aux Affaires Familiales de Paris du 11 juin 2014 (non publié):

Critère : l'intérêt supérieur de tout enfant d'habiter à proximité de ses deux parents nonobstant la séparation parentale.

Âge de l'enfant : 2 ans

En l'espèce, les parties étaient en désaccord sur la résidence de l'enfant compte-tenu de la décision de la mère de retourner vivre à Berlin où elle avait vécu avant de s'installer après la naissance de l'enfant à Paris chez son époux.

Le juge aux affaires familiales de Paris a considéré que chacune des parties présentait des capacités parentales évidentes et chacun s'était beaucoup investi auprès de l'enfant depuis sa naissance.

Elle a constaté que la mère avait ses attaches en Allemagne où elle avait des opportunités professionnelles qu'elle n'avait pas en France et qu'elle bénéficierait également d'une plus grande disponibilité pour l'enfant en travaillant à Berlin.

Le très jeune âge de l'enfant était selon le juge aux affaires familiales de nature en principe à fonder la fixation de sa résidence chez sa mère. Néanmoins, ce départ aurait pour effet de l'éloigner de son père et de restreindre de manière significative les droits de ce dernier en violation de la pratique antérieure suivie par les parties et en modifiant le milieu dans lequel vit l'enfant depuis sa naissance.

Le juge aux affaires familiales a enfin considéré que le départ était contraire à l'intérêt supérieur de tout enfant qui est d'habiter à proximité de ses deux parents nonobstant la séparation parentale et a fixé la résidence de l'enfant chez le père.

Il est permis d'en conclure que toute demande de déménagement familial est quasiment vouée à l'échec à l'issue d'une séparation de deux parents très investis dans l'éducation de leur enfant ou dans un contexte de résidence alternée.

En effet, le juge aux affaires familiales a visé dans sa décision l'article 373-2-9 du code civil, selon lequel la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

Il ne s'agit que d'une décision de première instance, mais il semblerait que la consécration d'une coparentalité de plus en plus reconnue et mise en pratique en France conduise sans doute à une approche nettement plus restrictive du déménagement familial international.

Conclusion :

Les critères légaux et jurisprudentiels qui gouvernent le problème de délocalisation (déménagement familial international) sont assez proches en France et en Allemagne. Dans les deux pays, la liberté d'aller et de venir (ou la liberté d'action) du parent souhaitant déménager n'est pas remise en cause dans son principe. La réalité et le bienfondé du déménagement sont vérifiés uniquement pour exclure tout projet de déménagement qui aurait pour unique but d'éloigner l'enfant de son autre parent et de l'évincer de ses droits parentaux.

Le respect des droits parentaux de l'autre parent et de ses liens avec l'enfant est un critère constant et important dans les deux pays. Les différences se situent surtout au niveau de la procédure qui nécessite en Allemagne l'intervention du « Jugendamt » et d'un mandataire ad hoc pour qui conduit à une implication plus forte de l'enfant. Il convient également de souligner qu'en Allemagne l'accès à l'autorité parentale conjointe est plus restrictif, dès lors que le père naturel doit saisir le juge aux affaires familiales pour se faire reconnaître ce droit en cas d'opposition de la mère. Il convient d'observer attentivement la mise en pratique de cette réforme par la jurisprudence.

En France l'idéologie de la co – parentalité est plus forte. Le renforcement du principe de coparentalité et la généralisation de mise en place d'une résidence alternée conduiront probablement à une approche plus restrictive du déménagement familiale internationale en France.