



INSTITUT D'ÉTUDES JUDICIAIRES "Pierre RAYNAUD"

**Examen d'entrée au CRFPA session 2008**  
**Epreuve de note de synthèse**

Mercredi 24 septembre

*Les étudiants devront rédiger une note de synthèse (4 ou 5 pages)  
sur le sujet suivant :*

**Les droits procéduraux de l'enfant**

**Document n°1 :** Rapport au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, 25 janvier 2006 : note d'étape, assemblee-nationale.fr (extraits).

**Document n°2 :** Code civil, art. 388-1 (versions L. 8 janv.1993 et L. 5 mars 2007)  
Code civil, art. 388-2 et 389-3  
Code de procédure pénale, art. 706-50, R.53 et R.53-6

**Document n°3 :** Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 septembre 2007 : Dr.famille 2007, comm. n°192, note P. Murat

**Document n°4 :** Rapport de Mme V. Péresse relatif au projet de loi sur la protection de l'enfance, au nom de la commission des affaires culturelles : Doc. Ass. nat. n°3256 (extraits).

**Document n°5 :** Cass. crim., 28 février 1996 : JCP 1996, II, 22707, note G. Raymond

**Document n°6 :** P. Murat, La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale, bref regard critique sur la diversité des situations : Dr.famille 2006, Etude n° 31 (extraits).

**Document n°7 :** Ph. Théry, Entre tiers et partie ou de deux choses la troisième : le droit de l'enfant d'être entendu en justice : obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 2005, RTDciv. 2005, p.627

**Document n°8 :** Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 octobre 2005 : Dr.famille 2006, comm. n°77, note A. Gouttenoire.

**Document n°9 :** N. Fricéro, Ratification de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans : RJPF-2008-1/10.

**Document n°10 :** Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 2005 : RJPF-2005-9/31, note F. Eudier.

**Document n°11 :** S. Garde-Lebreton, La représentation de l'enfant victime : Dr. famille 2006, Etude n°33 (extraits).

**Document n°12 :** Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 nov. 2005 : Bull. civ. II, n°434.

**Document n°13 :** A. Gouttenoire, Colloque « Enfance et justice », les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires : Dr.famille 2006, Etude n°29.

**Document n°14 :** Cass. ch. mixte 9 février 2001 : Bull. civ. ch.mixte, n°1.

Document n° 4

---  
La Mission est convaincue qu'il est urgent de donner aux familles et aux acteurs de la protection de l'enfance un signal fort. Elle appelle de ses vœux une réforme axée sur quatre priorités : garantir le respect des droits de l'enfant pour mieux le protéger ; renforcer la prévention et la détection des risques ; améliorer la prise en charge des enfants en danger ; et clarifier l'organisation du dispositif.

## I.- GARANTIR LE RESPECT DE L'ENFANT POUR MIEUX LE PROTÉGER

Si les stipulations de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) dépassent le champ de l'assistance portée aux enfants<sup>1</sup>, elle contient plusieurs dispositions essentielles à la protection des mineurs, qui doivent être respectées par les personnes amenées à les prendre en charge.

Adoptée par acclamation par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 à New York, la CIDE a été signée par tous les États du monde et ratifiée par 192 États. Seuls les États-Unis et la Somalie, qui l'ont signée respectivement en février 1995 et en mai 2002, ne l'ont pas ratifiée, mais ont signalé leur intention de le faire. La France fait partie du groupe des premiers signataires : elle a signé la Convention le 26 janvier 1990 et celle-ci est entrée en vigueur pour la France le 6 septembre 1990.

Le caractère contraignant du texte se traduit par la mise en place d'un dispositif de contrôle de son application. Est institué, par l'article 43 de la Convention, un Comité des droits de l'enfant chargé d'examiner les rapports relatifs aux mesures d'application des dispositions de la Convention prises par chaque État signataire. Ces rapports sont remis deux ans après l'entrée en vigueur de la Convention, puis tous les cinq ans. Le premier rapport remis par la France a été examiné en avril 1994 ; le second ne l'a été qu'en 2004, après avoir été déposé en 2002, c'est-à-dire avec trois ans de retard.

Si la Mission estime que la France n'a pas, globalement, à rougir de la manière dont elle traite les enfants, et que beaucoup de progrès ont été réalisés ces

---  
dernières années, toutes les stipulations de la Convention ne sont pas parfaitement respectées, que la responsabilité en incombe aux textes en vigueur ou aux pratiques.

**A.- ASSURER L'APPLICATION DE LA CONVENTION INTERNATIONALE  
DES DROITS DE L'ENFANT**

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo  
(identifiant:11724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

En vertu de l'article 55 de la Constitution française de 1958, les normes conventionnelles deviennent, une fois ratifiées, partie intégrante du dispositif normatif et ont, sous réserve de leur application par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois. Mais cela n'implique pas qu'un particulier puisse se prévaloir des droits proclamés devant un magistrat. Les juridictions conditionnent en effet la mise en œuvre des dispositions d'un traité à la reconnaissance de leur caractère auto-exécutoire. Celui-ci n'est pas reconnu dans deux cas : lorsque le traité ne contient que des recommandations ou des obligations qui s'adressent aux États, et à eux seuls, ou lorsque les règles posées ne sont pas applicables, du fait de leur formulation trop imprécise ou conditionnelle, et faute de mesures permettant d'en définir les modalités d'application.

Les juges français ont adopté, sur l'applicabilité des dispositions de la CIDE, une position prudente et contrastée. Ainsi, la Cour de cassation s'est généralement refusée à considérer que les articles de la Convention, ou certains d'entre eux, puissent être reconnus comme d'application directe par les tribunaux de l'ordre judiciaire, au motif que les obligations qu'elle énumère ne s'adresseraient qu'aux États. Une évolution de sa jurisprudence se dessine néanmoins : à l'occasion de deux affaires jugées le 18 mai 2005, la Première chambre civile a reconnu pour la première fois l'applicabilité directe des articles 3-1 (primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant) et 12 (droit d'être entendu dans toute affaire le concernant) de la Convention.

Le Conseil d'État considère en revanche, depuis les années 1990, que peuvent être invoquées directement par les particuliers les stipulations des articles 16 (respect de la vie privée des mineurs), 18 (responsabilité commune des deux parents dans l'éducation de l'enfant), 3-1 (primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant), et, depuis 2001 seulement, celles de l'article 37 (conditions de détention des mineurs). Sa jurisprudence n'est cependant pas totalement fixée en ce qui concerne l'applicabilité directe des articles 2, 4 et 16. Il a estimé que ne produisaient pas d'effets directs pour les particuliers les dispositions des articles 6 à 12, 14, 24-1, 26-1, 27-1, 28 et 29.

Même si la très récente évolution jurisprudentielle de la Cour de cassation va dans le bon sens, des divergences de jurisprudence, difficiles à résoudre, demeurent. Ainsi, les deux ordres de juridiction semblent désormais unanimes sur la reconnaissance du droit d'un enfant à invoquer l'article 3-1 de la Convention, mais la Cour de cassation a reconnu l'applicabilité directe de son article 12, laquelle a pourtant été rejetée par le Conseil d'État.

---

**B.- RESPECTER LES DROITS ESSENTIELS À LA PROTECTION DE  
L'ENFANCE**

Pour ce qui concerne le champ, entendu au sens large, de la protection de l'enfance, des progrès dans le respect des droits des enfants doivent être faits sans attendre sur deux points.

1.- Tous les enfants doivent avoir le droit d'être entendus par la justice  
(Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate))

L'article 12 de la Convention fait obligation aux États de garantir à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant. Il prévoit explicitement le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative.

Or, en France, selon l'article 388-1 du code civil, l'audition du mineur est possible lorsqu'il est capable de discernement mais, si le mineur en fait la demande, elle peut être écartée par le juge par une décision spécialement motivée. Il ne peut être fait appel de cette décision de refus. Les enfants ne disposent donc pas réellement du droit d'être entendus avant toute prise de décision les concernant, ce que la Mission déplore. Elle propose de modifier l'article 388-1 du code civil pour donner aux enfants le droit d'être entendus dans toute procédure judiciaire, tout en leur garantissant la possibilité de refuser d'être entendus. Il conviendrait aussi que les juridictions expliquent systématiquement aux enfants les décisions qui ont été prises, en tant que celles-ci les concernent, y compris lorsqu'elles ont conduit à une relaxe ou qu'il y a eu classement sans suite.

Le recueil de la parole de l'enfant doit être réalisé dans de bonnes conditions : les personnels doivent être formés, les tribunaux ou les commissariats doivent être équipés pour enregistrer les témoignages des enfants victimes, conformément à la loi du 17 juin 1998, qui est très inégalement appliquée.

En outre, le droit de l'enfant à être assisté d'un avocat, lorsqu'il est entendu dans une affaire le concernant ou dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative, doit être assuré, ce qui suppose que les enfants en soient informés et que des avocats soient formés pour ce travail.

Le Gouvernement a été habilité par l'article 6 de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit à donner aux mineurs délinquants accès à l'aide juridictionnelle quelles que soient les ressources de leurs parents. Pour leur part, les enfants victimes ne bénéficient du même droit que dans trois cas : lorsqu'il sont entendus par le juge, lorsqu'ils sont victimes des crimes les plus graves<sup>1</sup> ou lorsque leurs intérêts sont en conflit à ceux de leurs parents<sup>2</sup>. L'accès à l'aide juridictionnelle n'est donc pas de droit pour tous les enfants victimes, mais reste conditionné aux relations qu'ils entretiennent avec leurs parents ou aux ressources de ceux-ci. La Mission souhaite que cette lacune soit corrigée afin que chaque enfant victime ait droit à un avocat, sans avoir à apporter d'autre justification que sa situation de victime.

Le champ d'intervention des administrateurs *ad hoc*, chargés de représenter les intérêts de l'enfant devant le juge, a été progressivement élargi : créée dès 1993 en matière civile par l'article 388-2 du code civil, leur mission a été étendue, en 1998, aux enfants victimes par l'article 706-50 du code de procédure pénale et, en 2002, aux mineurs étrangers isolés par l'article 17 de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Cet élargissement constitue un progrès évident, mais les modalités de désignation et de rémunération des administrateurs ne garantissent pas suffisamment l'indépendance des personnes désignées. Par exemple, un fonctionnaire du conseil général peut être amené à intervenir en tant qu'administrateur *ad hoc* dans une procédure concernant un jeune placé auprès de

l'aide sociale à l'enfance (ASE) au lieu de l'être ainsi que ce que la Mission propose donc de soumettre la désignation des administrateurs ad hoc à une condition d'indépendance par rapport aux dossiers en cause et, à cette fin, d'augmenter leurs indemnités.

*Propositions :*

- donner aux enfants le droit d'être entendus dans toute procédure judiciaire les concernant s'ils le souhaitent, tout en leur garantissant la possibilité de refuser une audition demandée par l'autorité judiciaire
- faire obligation aux juridictions d'expliquer aux enfants les décisions de justice en tant qu'elles les concernent, y compris les décisions de relaxe et les classements sans suite
- favoriser l'assistance des mineurs par un avocat en généralisant l'accès des enfants victimes à l'aide juridictionnelle et en assurant une formation adaptée aux avocats
- revoir les conditions de désignation des administrateurs ad hoc pour garantir leur indépendance et augmenter leurs indemnités

Document n° 2

Code civil

**Art. 388-1** (L. n° 93-22 du 8 janv. 1993) 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 la personne désignée par le juge à cet effet.  
Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. 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. - V.

Article 388-1

Modifié par Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 - art. 9 JORF 6 mars 2007

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.

Article 388-2.

(identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)  
Créé par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 - art. 56 JORF 9 janvier 1993

Lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter.

Article 389-3

Modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 - art. 58 JORF 9 janvier 1993

L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes.

Quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, il doit faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence de l'administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office.

Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens qui auraient été donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils seraient administrés par un tiers. Ce tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament ; à défaut, ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire.

Code de procédure pénale

Article 706-50

Créé par Loi n°98-468 du 17 juin 1998 - art. 28 JORF 18 juin 1998

Le procureur de la République ou le juge d'instruction, saisi de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur, désigne un administrateur ad hoc lorsque la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux. L'administrateur ad hoc assure la protection des intérêts du mineur et exerce, s'il y a lieu, au nom de celui-ci les droits reconnus à la partie civile. En cas de constitution de partie civile, le juge fait désigner un avocat d'office pour le mineur s'il n'en a pas déjà été choisi un.

Les dispositions qui précèdent sont applicables devant la juridiction de jugement.

Article R53

Modifié par Décret n°2005-627 du 30 mai 2005 - art. 1 JORF 31 mai 2005 en vigueur le 30 juin 2005

Il est dressé tous les quatre ans, dans le ressort de chaque cour d'appel, une liste

Article R53-6  
Modifié par Décret  
juin 2005

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

Lorsque, dans le ressort de la cour d'appel, il n'est pas possible de désigner l'une des personnes figurant sur la liste prévue à l'article R. 53 ou que cette liste n'a pas encore été constituée, et qu'il ne peut être fait appel à l'une des personnes proches de l'enfant, la désignation d'un administrateur ad hoc en application de l'article 706-50 est faite, à titre provisoire et jusqu'à l'établissement ou la mise à jour annuelle de la liste, parmi les personnes physiques ou morales remplissant les conditions définies aux articles R. 53-1 et R. 53-2.

Document n° 3

**EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE**

**192 L'attestation d'un tiers rapportant le souhait de l'enfant d'être entendu ne vaut pas demande d'audition par l'enfant lui-même**

La demande d'audition du mineur doit être présentée au juge par l'intéressé, si bien qu'une cour d'appel n'est pas tenue de répondre par une décision spécialement motivée, à une attestation rédigée par un tiers faisant indirectement état du souhait de l'enfant d'être entendu.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 sept. 2007, n° 06-18.379, FS-P : Juris-Data n° 2007-040379

(...) Sur le moyen unique :

Attendu que des relations de M. C. et M<sup>me</sup> T., est née le 4 mars 1999, une enfant, prénommée Rose, reconnue par ses deux parents ;  
Attendu que M. C. fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (CA Rennes, 8 juin 2006) d'avoir rejeté sa demande tendant à la fixation de la résidence alternée de l'enfant, alors selon le moyen que « dans toutes les décisions qui le concernent, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que lorsque le mineur demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge en tout état de la procédure, et ce sans être assujéti aux règles qui s'imposent aux parties, l'enfant n'étant pas lui-même partie à l'instance ; que sa demande d'audition, quelle que soit la façon dont elle a été véhiculée, ne peut alors être écartée que par une décision spécialement motivée ; qu'en l'espèce, il résulte d'une attestation émanant de M<sup>me</sup> Delphine W., assistante sociale de profession, régulièrement produite et communiquée, ensemble des conclusions d'appel de M. Alain C., que l'enfant Rose a elle-même déclaré « je veux rester une semaine chez papa et une semaine chez maman. Je veux continuer à voir ma petite sœur, je veux le dire au juge » ; que la cour ne se prononce pas sur cette demande d'audition de l'enfant, ce en quoi elle ne justifie pas légalement son arrêt au regard des articles 3.1 et 12.2 de la convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 388-1 et 373-2-11 du Code civil » ;

Mais attendu que la demande d'audition du mineur doit être présentée au juge par l'intéressé ; que la cour d'appel n'était pas tenue de répondre, par une décision spécialement motivée, à une attestation rédigée par un tiers faisant indirectement état du souhait de l'enfant d'être entendu, et, prenant en considération son intérêt,

ainsi que les conséquences tant matérielles que psychologiques d'une résidence alternée, a souverainement retenu que le maintien d'une telle mesure exposerait Rose à une tension quasi quotidienne et à des situations douloureuses en raison de l'absence totale de communication entre ses parents ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :  
Rejette le pourvoi ; (...)

**NOTE :** À l'heure où l'audition de l'enfant revient sur le devant de la scène par le biais des textes internationaux, il se pourrait bien que le régime de ces auditions doive faire l'objet de toutes les attentions et qu'il donne lieu dans un proche avenir à de nouvelles précisions procédurales. On sait en effet que l'article 388-1 du Code civil vient d'être retouché par la loi du 5 mars 2007 dans le sens d'un renforcement de l'obligation procédurale d'audition de l'enfant : non seulement le juge doit s'assurer que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat, mais son audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Ces nouvelles dispositions ont surtout été prises afin de se rapprocher des exigences nécessaires à une pleine reconnaissance dans l'espace européen des décisions judiciaires françaises, en raison de l'existence du règlement dit *Bruxelles II bis* (Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003 : JOUE n° L 338, 23 déc. 2003, p. 1). Ce texte retient, sauf urgence et à certaines conditions, comme motif de non-reconnaissance des décisions en matière de responsabilité parentale le fait que l'enfant n'ait pas eu la possibilité d'être entendu. La disposition n'est cependant pas sans une certaine ambiguïté et elle a été interprétée plus ou moins strictement selon les cultures juridiques (V. A. Gouttenoire et M. Völker, *La parole de l'enfant dans le règlement de « Bruxelles II bis », Regards croisés : AJ Famille 2005, p. 266*). A minima, elle peut signifier qu'il suffit que l'enfant ait eu la possibilité au cours de la procédure de demander son audition, sans que cette audition soit un impératif processuel. C'est le parti pris par le droit français qui, même après les modifications récentes, n'impose pas au juge une obligation d'entendre systématiquement le mineur et laisse l'initiative au mineur (V. C. civ., 388, al. 1 : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut [...] être entendu... » ; al. 2 : « Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande... »). De manière plus contraignante, le règlement de *Bruxelles II bis* peut être compris comme imposant au juge une véritable obligation générale de proposer systématiquement une audition au mineur, quitte à celui-ci à décliner l'offre. Le guide pratique établi pour l'application du nouveau règlement *Bruxelles II* - même s'il n'a pas évidemment de valeur interpréta-

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

tive absolue – laisserait plutôt pencher pour la seconde possibilité et met en tout cas nos pratiques française en porte-à-faux. L'annonce en effet que « le règlement pose le principe qu'un enfant doit être entendu dans les procédures qui le concerne. À titre exceptionnel, un enfant peut ne pas être entendu si cela apparaît inapproprié eu égard à son âge et à sa maturité. Cette exception devrait être interprétée de manière restrictive » (p. 42). En fin de compte, même si elle peut se réclamer d'une certaine conformité à la lettre du règlement Bruxelles II bis, notre législation interne semble donc toujours susceptible d'apparaître un jour ou l'autre en retrait par rapport à la compréhension que certains de nos voisins ont de l'audition de l'enfant.

De plus, la France vient d'approuver la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant par une loi du 1<sup>er</sup> août dernier (V. A. Gouttenoire, *L'approbation par la France de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants* : Dr. famille 2007, alerte 62). C'est le Conseil de l'Europe qui est à l'origine de cette Convention adoptée le 25 janvier 1996, signée par la France le 4 juin 1996, et dont la récente approbation paraît au premier abord avoir surtout pour mérite – à défaut d'introduire dans notre droit des innovations majeures – d'élever les droits procédurax du mineur à un rang supra-législatif. La question de la parole de l'enfant en justice s'y trouve bien sûr abordée. L'article 3 de la Convention prévoit qu'« un enfant qui est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant, dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire, se voit conférer les droits suivants, dont il peut lui-même demander à bénéficier : a) recevoir toute information pertinente ; b) être consulté et exprimer son opinion ; c) être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision ». Mais surtout, l'article 6, traitant du processus décisionnel, ajoute que « dans les procédures intéressant un enfant, l'autorité judiciaire, avant de prendre toute décision doit : [...] b) lorsque l'enfant est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant : – s'assurer que l'enfant a reçu toute information pertinente, – consulter dans les cas appropriés l'enfant personnellement, si nécessaire en privé, elle-même ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, sous une forme appropriée à son discernement, à moins que ce ne soit manifestement contraire aux intérêts supérieurs de l'enfant, – permettre à l'enfant d'exprimer son opinion (...) ».

C'est à la lumière de ce double contexte que doit être apprécié l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 septembre dernier, même s'il ne s'agissait pas en l'espèce d'un dossier à caractère international (mais il est évidemment impossible de moduler dans notre droit l'audition d'un mineur en fonction de la présence ou de l'absence d'éléments d'extranéité, si bien que notre droit positif subit indirectement, mais nécessairement, l'influence des prescriptions internationales). Or, on peut avoir des doutes sur l'opportunité et même l'orthodoxie de la solution retenue par la Cour de cassation. Législativement, le droit français a fait le choix de l'option minimal en matière d'audition : ce choix peut sans doute se défendre pour ne pas tomber dans une implication systématique de l'enfant dans les procédures familiales ; il reste qu'une telle politique pourrait bien nous exposer de nouveau à certains risques sur la scène internationale en matière de reconnaissance de nos décisions judiciaires face à des pays – comme l'Allemagne – qui ont une conception plus exigeante de l'audition de l'enfant. Si, de surcroît, la Cour de cassation se livre à des interprétations minimalistes des textes concernant l'audition, on accroît encore le risque de difficultés. Or, écarter d'un revers de main des deman-

ment par l'enfant – comme vient de le faire la Cour de cassation – renforce le formalisme de l'audition de l'enfant et fait peser sur le mineur toute l'initiative de l'audition. Une telle attitude revient peut-être à sous-estimer l'obligation faite au juge de consulter l'enfant personnellement « dans les cas appropriés », obligation qui découle de l'article 6-b de la Convention sur l'exercice des droits des enfants. Les dispositions de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants ont une concision supérieure aux grands principes un peu fades et mous contenus dans la Convention internationale sur les droits de l'enfant, si bien que le premier de ces textes pourrait bien conduire à faire évoluer nos règles sur l'audition de l'enfant et à faire sortir le juge d'un rôle largement passif qui est encore le sien aujourd'hui.

La décision de la Cour de cassation du 19 septembre dernier, qui ne se veut certes pas une décision de principe, pose un problème plus important qu'il n'y paraît et elle pourrait bien ne pas être appelée à une grande pérennité, d'autant que rien dans les textes internes ne pousse véritablement la jurisprudence à poser des exigences formelles entravant l'audition de l'enfant : l'article 388-1 du Code civil ne contient aucune consigne particulière et la formule de l'alinéa 2 qui précise que « l'audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande », n'a ni pour sens ni pour fonction d'imposer une forme particulière ; et même si l'article 338-2 du Code de procédure civile – qui a manifestement inspiré la formule de l'arrêt – dispose avec un peu plus de précision que « la demande est présentée sans forme au juge par l'intéressé. (...) », il semble douteux de vouloir tirer de ce texte de nature réglementaire l'impossibilité générale de recourir à toute autre voie nuancée. Il ne serait d'ailleurs absolument pas impensable d'établir un système processuel gradué et équilibré en tenant compte de l'origine et de la nature de l'initiative : en amont, à titre de garantie préliminaire, le juge aurait l'obligation de s'assurer que le mineur a été informé de son droit à être entendu (C. civ., art. 388-1, al. 4 actuel) ; par la suite, le juge pourrait avoir l'obligation de proposer l'audition à un enfant, dès lors qu'il a connaissance d'un souhait de celui-ci ; enfin, un enfant aurait la possibilité de forcer le juge à l'entendre par une demande adressée au magistrat (C. civ., art. 388-1, al. 2 actuel). On pressent bien l'objection qui sera immanquablement faite : l'enfant risque de subir des pressions parentales pour s'ouvrir auprès de tiers de complaisance qui se feront à leur tour l'écho auprès du juge de la préétendue volonté d'audition de l'enfant. Mais en quoi le risque est-il plus grand que pour une demande d'audition directe ? Il reste à démontrer en quoi la formalisation d'une demande effectuée auprès du juge directement par l'intéressé est un critère intéressant pour filtrer les auditions de l'enfant... En réalité, les freins semblent bien plutôt être culturels : nous ne nous sommes guère préparés à une véritable culture de l'audition... L'arrêt apparaît bien comme une occasion manquée de faire progresser notre système : comme une réaction de frilosité et de formalisme dans un contexte où à l'inverse tout pousse à une audition large et souple.

Pierre MURAT



Cet article amendé par le Sénat a pour objet d'imposer au juge d'entendre les mineurs capables de discernement dans toutes les procédures qui les concernent, si toutefois l'enfant en fait la demande, et de modifier en ce sens l'article 388-1 du code civil.

Il était temps de mettre, sur ce point, le droit français en conformité avec l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ratifiée par la France le 7 août 1990. Cet article fait obligation aux États de garantir 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 prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. À cette fin, les États doivent donner 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'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

Or l'article 388-1 du code civil donne la possibilité au juge, par décision spécialement motivée, d'écarter l'audition de l'enfant et éventuellement de le faire entendre par une personne qu'il désigne. De nombreux magistrats et syndicats de magistrats ont très clairement fait savoir que le plus souvent c'est la charge de travail trop lourde qui fait obstacle à l'audition de l'enfant seul, qui constitue évidemment une audition supplémentaire. Cet obstacle doit être levé.

C'est également ce que recommandent la mission d'information de l'Assemblée nationale sur la famille et les droits des enfants<sup>(14)</sup>, ainsi que l'ancienne Défenseure des enfants, Mme Claire Brisset, dans son rapport annuel pour 2005.

La mission d'information préconise plus précisément que l'enfant ayant atteint l'âge de discernement puisse demander au juge de modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale, notamment dans le cas d'une résidence alternée. C'est en effet dans ce contexte que le problème se pose de la façon la plus évidente. Rappelons que la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a promu le principe de coparentalité dans le cadre d'une séparation des parents et a introduit la possibilité de la résidence alternée pour l'enfant.

L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales peut venir très utilement compléter les rapports de « personnes qualifiées », aux missions souvent mal définies et qui se livrent à des expertises psychologiques dont on connaît les limites. Pour autant cette audition ne règle pas tout car reste à apprécier pour le juge, au cas par cas, l'intérêt de l'enfant qui ne découle pas nécessairement de ce que celui-ci exprime devant lui. Il conviendrait, comme la mission d'information en a formulé la demande, de mettre en place un guide des bonnes pratiques de la résidence alternée qui permettrait de préciser la notion d'« intérêt de l'enfant ».

Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

L'audition de droit des affaires familiales mais également les auditions du juge des enfants, notamment, du placement ou non en famille d'accueil.

Dans tous les cas, le plus difficile est de préserver et d'encourager la liberté de parole de l'enfant. L'article 388-1 du code civil, dans sa partie non modifiée par le présent texte, prévoit que l'enfant peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Le présent article modifie l'article 388-1 sur plusieurs points :

— Le 1° complète le premier alinéa de l'article 388-1 du code civil en précisant que le juge ne peut déléguer l'audition de l'enfant à une personne qu'il désigne que « *lorsque l'intérêt de l'enfant le commande* ». L'audition directe par le juge doit donc devenir la règle et l'audition par un psychologue, par exemple, doit être l'exception.

— Le 2° réécrit la première phrase du deuxième alinéa de l'article 388-1 en indiquant que l'audition par le juge est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Dans ce cas le juge ne pourra ni écarter ni déléguer l'audition de l'enfant. Il faut souligner que cette obligation incombe au juge uniquement si le mineur en fait la demande. La rapporteure souhaite qu'il soit précisé expressément que l'audition ne peut être imposée à l'enfant qui ne la souhaite pas.

— Le 4° complète utilement les dispositions précédentes en précisant que le mineur est informé par le juge de son droit à être entendu lors de toute procédure le concernant. Cet amendement de la commission des affaires sociales du Sénat devrait rendre plus effectif le droit de l'enfant d'être entendu par le juge mais il est préférable de rédiger différemment l'article en proposant que « le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu », rédaction plus précise et qui évite l'envoi de courriers dont on ignore si l'enfant en sera réellement destinataire.

## Document n° 5

**22707** MINORITÉ-TUTELLE. — Administrateur *ad hoc*.  
Désignation par le juge saisi de l'instance. Cour  
d'assises. C. civ., art. 388-2.

Cass. crim., 28 févr. 1996 ; Cts X [arrêt n° 1082].

*Aux termes de l'article 388-2 du Code civil, lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles, ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter.*

*En l'espèce, une cour d'assises a désigné un administrateur ad hoc chargé de représenter l'enfant mineur dans le procès en cours et a déclaré recevable sa constitution de partie civile.*

LA COUR ; — (...) Sur le moyen de cassation présenté par le mémoire personnel de Mustafa X pris de la violation des articles 87-1 du Code de procédure pénale et 389-2 du Code civil ;

Sur le premier moyen de cassation présenté par le mémoire ampliatif pris de la violation des articles 2, 316 et 593 du Code de procédure pénale, 388-2 et 389-3 du Code civil, défaut de motifs, manqué de base légale ;

« en ce que par arrêt incident, la Cour a désigné le président du conseil général du département du Haut-Rhin en qualité d'administrateur *ad hoc* de l'enfant mineur Murat X, en vertu des dispositions de l'article 388-2 du Code civil et déclaré recevable sa constitution de partie civile *ès qualités*, et que par arrêt civil, des dommages-intérêts lui ont été alloués ;

« aux motifs qu'en raison du crime reproché aux accusés, père et mère de Murat X, dont la victime est leur propre fille et la sœur de Murat, les intérêts de ce dernier sont manifestement en opposition avec ceux de ses représentants légaux ;

« alors, d'une part, que ce n'est qu'en cas d'impossibilité de saisir le juge des tutelles que le juge saisi de l'instance peut, dans le cadre de l'article 388-2 du Code civil, désigner un administrateur *ad hoc* à un enfant ; que faute de constater en quoi le juge des tutelles n'aurait pas été saisi, la cour d'assises n'a pas légalement justifié de sa compétence ;

« alors, d'autre part, que lorsque la désignation d'un administrateur *ad hoc* d'un mineur intervient en cours d'instance, par décision du juge chargé de l'instance, c'est à la condition que le mineur soit partie à cette instance, et que seul se pose le problème de sa représentation ; que l'enfant Murat X n'étant pas partie civile devant la cour d'assises, celle-ci n'avait pas le pouvoir de lui désigner un administrateur *ad hoc*, le juge saisi de l'instance n'ayant pas le pouvoir de décider si une personne qui n'est pas partie devant lui devait ou aurait dû agir ; qu'ainsi, la cour d'assises a empiété sur la compétence exclusive attribuée au juge des tutelles par l'article 389-3 du Code civil et excédé les pouvoirs que lui attribue l'article 388-2 du même code ;

« alors, enfin, que l'opposition d'intérêts ne résulte pas de la simple abstention, même éventuellement préjudiciable ; que faute de constater que les parents de Murat X auraient manifesté leur intention de ne pas respecter les droits de leur fils mineur, la Cour n'a pas légalement caractérisé la contradiction d'intérêts existant entre les parents et leur enfant mineur, laquelle ne peut simplement résulter du seul fait que nul ne se serait constitué partie civile en son nom » ;

Les moyens étant réunis ;  
Attendu que, par arrêt incident du 30 novembre 1984, la Cour a désigné le président du Conseil général du Haut-Rhin, en qualité d'administrateur *ad hoc* chargé de représenter l'enfant mineur Murat X dans le procès en cours et a déclaré recevable sa constitution de partie civile ;

Attendu qu'en procédant ainsi, la Cour, loin de violer les textes visés aux moyens, en a fait l'exacte application ;

Qu'en effet, aux termes de l'article 388-2 du Code civil, lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles, ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter ;

Qu'il s'ensuit que, dès lors que le juge des tutelles n'en a pas été saisi préalablement au début de l'instance, la juridiction de jugement peut d'office procéder à cette désignation ;

Que, tel étant le cas en l'espèce, les moyens ne peuvent être accueillis ;

Rejette les pourvois ; (...)  
MM. Massé, Cons. doyen ff. Prés., Le Gall, Cons.-Rapp., Perletti, Av. gén. ; SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Vier et Barthélémy, Av.

Document n° 6

### 31 La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations

Par Pierre MURAT, Professeur à la faculté de droit de l'université Grenoble II

Le système juridique actuel permet à l'enfant de participer aux procédures relatives à l'autorité parentale, le monopole de l'action appartenant aux parents. Ne pourrait-il pas être partie et se défendre contre des atteintes portées à ses droits ?

1 - Au point de départ est un constat : l'enfant est au cœur de l'autorité parentale dont les textes et les auteurs nous disent qu'elle est une fonction finalisée dans l'intérêt de l'enfant. En revanche, procéduralement, dans une mise en œuvre sous contrôle judiciaire des droits, l'enfant garde une place marginale.

Certes, une évolution s'est faite depuis le débat ouvert par la Convention internationale sur les droits de l'enfant au sujet de la parole de l'enfant en justice et l'inscription dans la loi de la possibilité d'une audition de l'enfant a constitué un progrès essentiel (V. C. civ., art. 388-1). Certes, on sait aussi qu'il faut conserver à l'enfant le droit de rester en marge des conflits d'adultes : on protège par là la spécificité même de l'enfance. Mais il n'en demeure pas moins que l'examen du système de participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale laisse le sentiment d'une évolution inachevée, de solutions en demi teinte : bref d'un entre-deux manquant de cohérence forte, comme si l'on avait renoncé à la conception ancienne sans pour autant se résoudre à en adopter une nouvelle. Sous cet angle, une analyse processuelle serrée aurait sans doute beaucoup à nous

apprendre... Le but des réflexions qui suivent n'est pas de se livrer à une telle entreprise mais seulement de poser quelques questions et d'esquisser quelques pistes en vue d'amorcer le débat sur la pertinence de nos cadres de pensée actuels.

Un rapide tour d'horizon de la question de la participation du mineur aux procédures concernant l'autorité parentale donne l'impression d'un foisonnement complexe dont on se demande vite s'il est totalement justifié.

#### I. - SYNTHÈSE POSITIVISTE

2 - D'abord - situation la plus aboutie processuellement, mais exceptionnelle dans le domaine de l'autorité parentale - l'enfant peut être partie. C'est le cas en matière d'assistance éducative (V. C. civ., art. 375). La solution s'expliquerait par la spécificité de l'assistance éducative qui consiste davantage en une procédure de gestion d'une situation qu'en l'opposition de prétentions juridiques opposées : la procédure d'assistance éducative connaît bien en effet des traits particuliers (notamment une tendance à faire une place accrue à l'inquisitoire), mais on peut se demander si la différence avec les autres procédures touchant l'autorité parentale n'est pas diamétralement

opposées au sujet de la qualité de partie de l'enfant au sein d'une même matière. La référence au danger pouvait naguère aisément justifier le caractère exceptionnel de la saisie du juge par l'enfant : en deçà du danger, l'enfant ne pouvait intervenir contre les choix éducatifs de ses parents et provoquer l' intrusion du juge dans la sphère privée. Mais dans un droit où les conventions internationales incitent à être plus vigilant sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, la pertinence de la notion de danger comme critère de la qualité procédurale attribuée à l'enfant s'estompe.

3 - En matière d'assistance éducative, le mineur peut donc en principe agir lui-même, sous réserve de l'absence de discernement. La jurisprudence<sup>1</sup> puis le décret du 15 mars 2002 (V. NCP, art. 1182, 1186 et 1187 qui subordonnent l'audition du mineur, la consultation du dossier ou la désignation d'un avocat au discernement) ont mis en place ce système. L'enfant privé de discernement n'est pas capable d'agir lui-même mais reste partie : il lui faudra donc un représentant. Même si l'assistance éducative n'est pas une procédure à l'encontre des parents, on peut penser que le critère de désignation d'un administrateur *ad hoc* - l'opposition d'intérêts entre les parents et l'enfant (V. C. civ., art. 388-2) - se trouvera aisément rempli, si bien que l'on ne devrait guère avoir de difficulté à recourir à cette institution pour assurer une représentation autonome à l'enfant chaque fois que le besoin s'en fera sentir, malgré l'absence de mention d'une telle possibilité dans le décret du 15 mars 2002<sup>2</sup>.

4 - Toutefois, en règle générale, l'enfant n'est pas partie dans les litiges relatifs à l'autorité parentale : il est classiquement rappelé que l'autorité parentale appartient aux père et mère, si bien que lorsque survient entre eux un litige relatif aux modalités d'exercice, aucun droit substantiel autonome de l'enfant ne serait concerné de sorte que l'enfant ne peut être partie. Cette analyse semble constante. Elle résultait d'abord de la jurisprudence qui, sur le terrain des anciens articles 289 et 291 du Code civil avait dénié à l'enfant la qualité pour agir en l'excluant des « membres de la famille » dont l'intervention est recevable dans les instances relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale<sup>3</sup>. De plus aujourd'hui, la réforme du 4 mars 2002 renforce cette analyse en réservant expressément les actions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale aux seuls parents et au ministère public (V. C. civ., art. 373-2-8 et 373-2-13). L'éviction de l'enfant des procédures d'autorité parentale ne peut évidemment être totale si bien que notre droit est condamné à réintroduire l'enfant dans la procédure par d'autres biais. Deux techniques servent alors de palliatif : l'audition de l'enfant ou la nomination d'un administrateur *ad hoc*.

L'audition de l'enfant a joué un rôle moteur, mais on perçoit actuellement bien ses limites : dans la conception qui découle de l'article 388-1 du Code civil, le juge y décide finalement à peu près de tout, sans possibilité de recours (V. NCP, art. 388-3) ; si le mineur est discernant, s'il doit être entendu ou non, s'il est entendu directement ou non par le magistrat, et même - selon une pratique pour le moins source de confusions - s'il doit lui être désigné un avocat pour recueillir ses sentiments et en faire état lors de l'audience<sup>4</sup>. En fin de compte, l'article 388-1 du Code civil n'a été compris que comme le droit pour le mineur de solliciter une audition si bien que ce droit s'est traduit essentiellement par des garanties procédurales qui fixent au juge certaines obligations : obligation de répondre à la demande de l'enfant<sup>5</sup>, obligation de motiver le refus d'audition, obligation de prendre en compte les sentiments exprimés par l'enfant dans la décision et de préciser qu'a été souscrit à cette obligation<sup>6</sup>. La pression de l'application

directe de la Convention internationale des droits de l'enfant<sup>7</sup>, dont il a été fait remarqué qu'elle pose des exigences sans doute plus hautes que celles qui a jusqu'ici présidé au dispositif français, pourront bien faire évoluer les choses... On notera d'ailleurs que l'arrêt<sup>8</sup> du 14 juin 2005, préc. note (5), dans un récent arrêt<sup>9</sup>, loin de s'appuyer sur l'article 388-1 du Code civil dont le premier alinéa offrait portant des ressources textuelles intéressantes pour la question débattue, la Cour de cassation a préféré faire une application directe des articles 3-1 sur l'intérêt supérieur de l'enfant et 12-2 de la Convention internationale des droits de l'enfant sur le droit d'être entendu. Dans le futur, la conception quelque peu réductrice de l'article 388-1 du Code civil pourrait bien se trouver mis sur la touche par les dispositions plus franchement « pédocentriques » de la Convention internationale des droits de l'enfant<sup>9</sup>.

5 - Parallèlement, l'administrateur *ad hoc* connaît également un développement marqué par l'élargissement de sa fonction qui a notamment conduit à étendre son domaine d'intervention des hypothèses de protection des biens à celles de protection générale de l'intérêt de l'enfant et des hypothèses où l'enfant est partie dans une procédure à celles où il ne l'est pas<sup>10</sup>. L'intervention de l'administrateur *ad hoc* dans les procédures relatives à l'autorité parentale est la manifestation tangible de cette évolution discrètement favorisée par la réforme des textes. Afin de ne pas rester prisonnier de l'inertie parentale en cas d'opposition d'intérêts entre l'enfant et son représentant légal, la loi du 8 janvier 1993 permet à d'autres que le représentant légal de l'enfant de saisir le juge des tutelles pour faire nommer un administrateur *ad hoc* (V. C. civ., art. 389-3, al. 2). L'enfant lui-même figurant parmi ces personnes, l'opposition d'intérêts lui permet donc d'être à l'origine d'une instance contre ses propres parents. De plus, quoique le texte de l'article 388-2 du Code civil applicable à l'opposition d'intérêt se révélant dans une instance en cours ne fasse pas mention de ceux qui peuvent demander la nomination d'un administrateur *ad hoc*, il faut logiquement admettre les mêmes possibilités : d'une part l'article 388-2 du Code civil lui-même renvoie aux conditions de l'article 389-3 ; d'autre part, la possibilité pour le juge saisi de nommer un administrateur *ad hoc* a été conçue comme une économie de procédure destinée à éviter de saisir le juge des tutelles. Il faut donc conclure qu'ici aussi l'administrateur *ad hoc* peut être désigné non seulement d'office à l'initiative de la juridiction saisie, mais également à la demande du mineur lui-même.

6 - Si la loi a amorcé l'extension du domaine de l'administrateur *ad hoc* pour favoriser l'accès à la justice du mineur dans les situations l'opposant à ses parents, la jurisprudence a encore renforcé le mouvement en n'exigeant pas nécessairement que l'enfant ait la qualité de partie, c'est-à-dire lorsqu'il n'est ni demandeur, ni défendeur et donc n'a pas à être, *stricto sensu*, représenté. C'est précisément le cas dans les procédures relatives à l'autorité parentale où l'enfant n'a aucune qualité pour intervenir au sens procédural du terme. Or la Cour de cassation, dans une instance qui mettait aux prises un couple délégataire de l'autorité parentale en vue d'une adoption ultérieure et le père naturel de l'enfant, a admis la nomination d'un administrateur *ad hoc*, ouvrant ainsi la porte à une « représentation » autonome des intérêts de l'enfant indépendant de la représentation classique fondée sur la qualité de partie<sup>11</sup>. Le rôle de l'administrateur *ad hoc* est alors tout à fait particulier : porte-parole d'un enfant qui n'est pas partie dans la procédure, il ne peut évidemment ni accéder au dossier, ni formuler de demande, ni faire les actes que le mineur n'a pas lui-même qualité pour faire : ainsi, pour une décision concernant l'autorité parentale, l'administrateur ne peut pas former tierce-opposition, le mineur n'ayant pas qualité pour demander une modification des conditions d'exercice de l'autorité parentale et la tierce opposition étant fermée aux tiers lorsque l'action est

1. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 nov. 1995, n° 94-05.102 : Juris-Data n° 1995-003168 ; D. 1996, p. 421, note A. Gouttenoire.  
 2. Sur la question V. plus amplement A. Gouttenoire, *L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir* : AJF 2003, p. 368 et s. - Contra, V. C. Neirinck, *La dualité de régime de l'administrateur ad hoc des mineurs* : JCP G 2000, I, 228, spéc. n° 4.  
 3. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 4 janv. 1995, n° 92-20.682 : Juris-Data n° 1995-000126 ; Bull. civ. 1995, I, n° 2.  
 4. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 nov. 2005, n° 03-17.912 FS-P+B+I : Juris-Data n° 2005-090834 ; Dr. famille 2006, comm. 28, 2<sup>e</sup> esp., note A. Gouttenoire.  
 5. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613 FS-P+B+R+I : Juris-Data n° 2005-028424 ; Dr. famille 2005, comm. 156 note A. Gouttenoire ; JCP G 2005, II, 10081, note F. Granet et Y. Strickler ; D. 2005, p. 1909, note V. Egéa ; AJF 2005, p. 274, obs. T. Fossier ; RTD civ. 2005, p. 585, obs. I. Hausser.  
 6. V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 nov. 1996, n° 93-19.937 : Juris-Data n° 1996-004396 ; Dr. famille 1997, comm. 26, note P. Murat ; D. 1997, p. 19, note Y. Benhamou ; RTD civ. 1997, p. 10, note I. Hausser ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juin 1998, n° 97-20.905 : Juris-Data n° 1998-002699 ; JCP G, 1999, I, 101, obs. Y. Favier.

7. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, préc. note (5) et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2005, n° 04-16.942 ; Juris-Data n° 2005-028932 ; JCP-G 2005, II, 10115, concl. C. Petit, note C. Chaberi ; D. 2005, p. 2790, note F. Boulanger. - Adde P. Courbe, *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant* : D. 2006, p. 1487.  
 8. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 nov. 2005, préc. note (4).  
 9. En ce sens, V. déjà A. Gouttenoire, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, préc. note (5).  
 10. V. C. Neirinck, *La dualité de régime de l'administrateur ad hoc des mineurs*, préc. note (2) - Adde M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale* : PUAM 2002.  
 11. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 févr. 1999, n° 97-15.098 et 97-20.514 : Bull. civ. 1999, I, n° 66. D. famille 1999, comm. 146, note A. Gouttenoire ; JCP G 2001, I, 293, n° 6, obs. Y. Favier.

attitrée<sup>12</sup>. L'essentiel de son rôle est de faire part au juge, surtout si faute de discernement le mineur ne peut être entendu lui-même.

7- Ce rapide tour d'horizon de la participation du mineur aux procédures relatives à l'autorité parentale donne le sentiment d'un forçage progressif des techniques pour obtenir le plus largement possible une association de l'enfant à un processus judiciaire dans lequel il conserve pourtant une place particulière faute d'être le plus souvent partie. En matière d'audition, les textes édictés du Code civil sont en passe de se faire doubler par la Convention internationale des droits de l'enfant. En matière d'administrateur

d'intérêts entre le mineur et ses représentants légaux a relégué au second plan d'autres considérations pour aboutir à une quasi généralisation de la possibilité de nommer un administrateur *ad hoc* en cas d'opposition d'intérêts. Certes, pragmatiquement, le droit français offre par là un ensemble de réponses variées en combinant diversement les trois figures procédurales essentielles : selon que l'enfant est ou non partie, selon qu'il est ou non auditionné, selon qu'il est ou non représenté par un administrateur *ad hoc*. Pourtant on ne peut se défaire de l'impression d'un bouillonnement quelque peu désordonné qui ne permet guère aux praticiens de se repérer aisément dans une diversité dont on peut se demander si elle est toujours vraiment justifiée au sein du même bloc que constitue l'autorité parentale.

Document n° 4

□ 2. Entre tiers et partie ou de deux choses la troisième : le droit de l'enfant d'être entendu en justice... (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20.613, à paraître au Bulletin ; JCP 2005.II.10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler)

Un arrêt rendu à propos de l'audition du mineur en justice prévue par l'article 388-1 du code civil attire l'attention sur une catégorie particulière du droit judiciaire : les personnes qui ont le droit d'être entendues... Ce texte, introduit dans le code par la loi du 8 janvier 1993, traduit en droit interne l'article 12 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, qui donne à ce dernier « ... le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant... ». Ce droit doit être soigneusement distingué, comme y invite l'article 388-1 (« sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement ») d'autres hypothèses dans lesquelles un mineur peut prendre part à une procédure (V. en général sur la question : F. Alt-Maes, Le discernement et la parole du mineur en justice, JCP G 1996.I.3913 ; A. Gouttenoire-Cornut, RGDP 1999.676 ; R. Martin, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 127-2, Audition du mineur en justice).

En l'espèce, à la suite d'une demande de modification de la résidence formée par son père, une fille avait demandé à être entendue au cours du délibéré devant la cour d'appel. L'arrêt rendu ne soufflant mot de cette audition, la première chambre civile en prononce la cassation après avoir soulevé d'office le moyen tiré de l'article 388-1. Ainsi, le droit d'être entendu, bien qu'il ne confère pas à l'enfant la qualité de partie (al. 3 du texte), doit-il être respecté à peine de rendre irrégulière la procédure suivie. La solution ne doit pas étonner, si

l'on veut du moins que le droit accordé à l'enfant ait quelque consistance.

Quelle est la situation de cet enfant qui, sans être partie, bénéficie de la cassation parce que son droit a été méconnu ? Est-il un tiers ? Telle est, semble-t-il, l'opinion de L. Cadiet et E. Jeuland puisqu'ils évoquent son audition dans une division intitulée « de l'audition des tiers » (Droit judiciaire privé, 4<sup>e</sup> éd. n° 778). Comme en droit substantiel, on est partie ou tiers (« La qualité de tiers s'évince de la qualité de partie », Cadiet et Jeuland, *op. cit.* n° 629. De tiers, on peut devenir partie par voie d'intervention, de partie on peut devenir tiers par voie de mise hors de cause, mais il faut bien, à première vue, que l'on soit l'un ou l'autre, que l'on soit dedans ou dehors... Pourtant, non seulement la distinction n'est pas toujours claire - en quoi le droit judiciaire ne diffère pas du droit substantiel (V. les divers articles publiés in RTD civ. entre 1992 et 1994) - mais il est possible que la distinction bipartite n'épuise pas la variété des situations. Les pratiques judiciaires contemporaines ont fait apparaître, autour du procès, une constellation de personnes qui, à des fins diverses, peuvent ou doivent être entendues par le juge : l'enfant, l'*amicus curiae* ainsi que la longue théorie des protagonistes des procédures collectives : repreneurs, contrôleurs et autres représentants des intérêts qu'affecte la défaillance de l'entreprise. Quelle place leur faire ?

Ce n'est pas trop s'avancer que de dire que l'audition répond toujours à la même préoccupation, qui est de fournir au juge des éléments de décision. Mais, cette commune finalité demeure trop vague. Il n'y a guère de rapport en effet entre l'intervention d'un *amicus curiae* et celle de l'enfant (V. R. Martin ; J.-Cl. préc. n° 68). L'audition

Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

de l'*amicus curiae* s'opère par voie de l'expert, qui sera entendu le concernant directement. Le juge regarde au-delà de la motivation. De même, avant la réforme de 1994, l'article 86 du décret du 27 décembre 1985 permettait-il à un groupe de créanciers représentatif (15 % au moins des créances déclarées) de demander à être entendu parce que la procédure collective affectait directement leur situation. L'audition par le juge assure ici la protection ou à tout le moins la prise en considération d'intérêts individuels subordonnés à ceux des parties (l'enfant à ses parents comme le créancier à l'entreprise débitrice). Dans ces conditions, la qualification de tiers n'est sans doute pas appropriée. Mais, y a-t-il place pour une qualification intermédiaire ? Le droit des procédures collectives offre ici d'intéressants éclairages.

De la vue prospective, on connaît plusieurs exemples : l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 31 mai 1991 à propos des mères de substitution après audition du professeur Jean Bernard ou les arrêts de chambre mixte du 23 novembre 2004 relatifs à la qualification des contrats de placement des compagnies d'assurance, rendus après que des avis divers eurent été fournis à la Cour de cassation (V. obs. R. Encinas de Munagorri, RTD civ. 2005.89). Un autre exemple pourrait être celui des personnes appelées à donner un avis sur les conséquences d'un revirement de jurisprudence (rapp. préc. p. 40 et s.). Quel statut procédural leur accorder ? Les auteurs hésitent. Certains placent leur intervention dans le cadre des mesures d'instruction, comme *expert* (D. Mazeaud, in L'expertise, Dalloz, 1995, p. 109 et s.) ou, de manière plus critique, comme une sorte d'électron libre « en oubliant que la recherche des preuves est soumise à des règles précises que l'on ne peut pas transgresser sans dommages » (R. Perrot, RTD civ. 1989.138). Sauf à en préciser davantage les contours, la qualification reflète l'idée que l'*amicus curiae* interviendrait à la demande du juge pour lui fournir des éléments d'information - sur quoi ? la réponse est incertaine - utiles pour prendre sa décision. Le juge use de l'*amicus curiae* aussi librement qu'il peut recourir aux mesures d'instruction : il n'est pas tenu de l'entendre et, l'ayant entendu, n'est pas tenu de le suivre... La comparaison ne mène pourtant pas très loin. Contrairement aux mesures d'instruction mises en œuvre pour connaître les éléments de fait du cas particulier soumis au juge, l'institution de l'*amicus curiae* est liée à l'affirmation du rôle quasi législatif du juge qui entend rendre ce que l'on serait tenté d'appeler une *class decision*... Et, si, normalement, l'*amicus curiae* est ce personnage officiel que convoque le juge lorsqu'il l'estime nécessaire, on ne saurait être surpris qu'apparaissent des amis officieux qui se manifestent spontanément (V. obs. préc. RTD civ. 2005.89). Si le législateur est exposé au *lobbying*, pourquoi le juge y échapperait-il ? Les problèmes posés par l'*amicus curiae* sont politiques plus que procédurales.

La perspective change lorsque l'on quitte ce point de vue jurisprudentiel pour revenir au terrain juridictionnel. L'enfant a le droit d'être entendu parce que la décision

Nul besoin d'en être un spécialiste pour se rappeler la discussion sur la notion de partie qu'ont provoquée, notamment après un arrêt du 22 mars 1988, les dispositions de la loi du 25 janvier 1985 (F. Derrida, La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, D. 1989.Chron.77. V. aussi P. Cagnoli, Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 368, préface Th. Le Bars, n° 166 et s.). Le débat était la conséquence de la conception restrictive des voies de recours qu'avait retenue le législateur. On s'est donc demandé quels recours étaient ouverts aux personnes qui étaient entendues par le tribunal ou qui devaient l'être. A cette occasion, la chambre commerciale a suggéré que la notion de partie supposait que l'on soumette au juge une prétention. Jugée déroutante au premier abord (F. Derrida, *op. cit.* n° 6 : « ... jusqu'à présent personne ne s'était référé à cette notion pour déterminer qui était partie »), l'idée a depuis fait son chemin (F. Bussy, La notion de partie à l'instance en procédure civile, D. 2003.1376, n° 18 et s. ; V. aussi P. Chevalier, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 105). De fait, si la définition de l'action tourne autour de la prétention (le demandeur est « l'auteur d'une prétention » et le défendeur celui qui discute « le bien-fondé de cette prétention » - art. 30 NCPC), on admettra volontiers que ceux qui émettent une prétention ou ceux contre qui elle est dirigée sont des parties. Mais, du même coup, la participation à l'instance cesse d'être le critère distinctif des parties et des tiers (F. Bussy, article préc.).

Dans cette perspective, ni l'enfant, ni les créanciers, ni celui qui présente un projet de reprise de l'entreprise en difficulté n'ont de prétention à faire valoir. Ils ne sont donc pas des parties. L'exemple du repreneur est, selon nous, particulièrement caractéristique : l'office du tribunal de commerce est de choisir entre des offres qui doivent être objectivement appréciées en fonction des finalités de la procédure. Dans la procédure, l'auteur de l'offre disparaît d'une certaine manière derrière son projet de reprise et son éventuelle audition peut seulement servir à en préciser tel ou tel point. Qu'en présentant une offre, il manifeste son souhait de l'emporter, sans doute. Mais cela ne suffit pas à constituer une prétention (*contra* P. Cagnoli, n° 179 et s.). La situation serait identique si un juge avait à examiner l'opportunité de la vente d'un bien appartenant à un incapable : une audition de l'auteur de l'offre peut être utile, mais l'offre qui constitue l'objet de l'examen du juge importe seule. De même, le mineur entendu par le juge ne demande rien dans la procédure en cours. Il exprime une opinion, intéressée sans doute, mais qui n'a pas tant pour objet de réclamer quelque chose que de faire valoir son point de vue dans le processus de décision.

A la différence des parties qui ont le droit d'être entendues sur la prétention qu'elles formulent -qui doivent, à la vérité, être entendues parce qu'elles formulent une prétention-, le mineur a seulement « le droit d'être entendu », sorte de démembrement de l'action en justice qui le met dans une position intermédiaire entre tiers et partie. Cette position est très proche de celle des intervenants accessoires. On distingue en effet dans les interventions celles qui sont destinées à faire valoir une prétention (art. 329 NCPC) et celle qui n'a d'autre objet que d'appuyer les prétentions d'une partie (art. 330). Même si l'intervenant accessoire est qualifié de « partie » (Solus et Perrot, t. III, Procédure de première instance, Sirey, 1991, n° 1064 ; Droit et pratique de la procédure civile, 2006-2006, n° 312-07 ; *contra*, Cadiet et Jeuland, Droit judiciaire privé, n° 633), les règles qui lui sont applicables montrent bien qu'il occupe une position procédurale particulière (l'intervenant « ne compte pas dans l'instance comme partie entière... » écrivent MM. Cornu et Foyer, Procédure civile, 3<sup>e</sup> éd. n° 118) : les recours contre la décision lui sont fermés, sauf dans les dispositions qui rejetteraient son intervention (Solus et

Perrot, *op. cit.*, n° 1054 ; Droit et pratique de la Procédure civile, n° 312-33). C'est aussi la solution que retient l'arrêt commenté en sanctionnant l'absence d'audition du mineur. Rétrospectivement, on est alors conduit à critiquer l'arrêt de la chambre commerciale du 23 juin 1998 (Bull. civ. IV, n° 207). Saisie d'un pourvoi par un groupe de créanciers qui n'avait pas été entendu malgré la demande qu'ils avaient faite, la Cour l'a déclaré irrecevable au motif que « le groupe de créanciers représentant au moins 15 % du montant des créances déclarées qui avait le droit d'être entendu par le tribunal en application de l'article 86 alinéa 3 du décret du 27 décembre 1985, n'a pas pour autant, acquis la qualité de partie à l'instance et n'est donc pas recevable à former un pourvoi ». Le droit d'être entendu aurait dû être protégé pour lui-même, quoique son bénéficiaire ne pût exercer de recours sur le fond (cf. T. com. Cannes, 4 sept. 1997, Rev. proc. coll. 1998.240).

## MINEURS

77 D'un administrateur *ad hoc* à l'autre...

Après avoir relevé que les difficultés psychologiques de la mère, sa relation fusionnelle voire pathologique avec ses filles et la complexité de la situation familiale dans le cadre d'un divorce en cours l'empêchaient d'assurer en toute objectivité la défense des mineurs, le tribunal a souverainement déduit de ces éléments de fait l'existence d'une opposition d'intérêts entre la mère et ses deux filles et caractérisé la nécessité de désigner, dans l'intérêt des mineurs, un administrateur *ad hoc* extérieur à la famille.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 oct. 2005, n° 03-14.404 FS-P+B+R+I : Juris-Data n° 2005-030425

Sur le moyen unique, pris en ses cinq branches, qui est recevable :

Attendu que M. F a été mis en examen le 24 août 2001 pour des faits de viols et violences commis sur la personne de ses deux filles mineures Nathalie et Marielle F ; que, sur sa requête, le juge des tutelles du tribunal d'instance d'Amiens a, par ordonnance du 27 avril 2002, désigné le bâtonnier de l'Ordre des avocats au barreau d'Amiens en qualité d'administrateur *ad hoc* avec mission de représenter les deux mineures dans toutes les procédures civiles et pénales dans lesquelles elles ont un intérêt ; que, par ordonnance du 29 août 2002, le premier président de la cour d'appel d'Amiens, saisi d'une requête en suspension légitime à l'égard du tribunal de grande instance d'Amiens, a renvoyé l'examen de l'appel de l'ordonnance du juge des tutelles devant le tribunal de grande instance de Laon qui a confirmé la décision déferée ;

Attendu que M<sup>me</sup> C-F fait grief au jugement attaqué (TGI Laon, 4 mars 2003) d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen :

1°) que le procureur de la République ou le juge d'instruction, saisi des faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur, désigne un administrateur *ad hoc* lorsque la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux ; que cette compétence est exclusive de celle du juge des tutelles s'il n'a été saisi préalablement au début de l'instance ; qu'en désignant un administrateur *ad hoc*, quand bien même l'instance pénale était déjà engagée et portait sur des faits que M. F était soupçonné d'avoir volontairement commis sur ses deux filles mineures, le tribunal de grande instance a violé l'article 706-50 du Code de procédure pénale, ensemble les articles 388-2 et 389-3 du Code civil ;

2°) qu'en retenant à l'encontre de M<sup>me</sup> C-F, que compte tenu des interférences de ses difficultés psychologiques sur ses enfants, aggravées par l'opposition qu'elle manifestait à des interventions extérieures dans le cadre de la mesure d'assistance éducative et de la complexité de la situation familiale dans le contexte d'une instance en divorce en cours, il convenait de considérer qu'elle n'était pas à même de pourvoir en toute objectivité à la défense des intérêts de celles-ci en justice, sans dire en quoi elle ne pouvait de la sorte défendre les intérêts de ses filles dans l'instance pénale engagée à l'encontre de M. F, et ce d'autant qu'elle avait d'emblée pris l'initiative de se constituer partie civile dans le cadre de cette instance au nom de ses filles, ce qui démontrait qu'elle était parfaitement apte à assumer son rôle de représentant légal dans l'intérêt de ses enfants, le tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard des articles 388-2 et 389-3 du Code civil ;

3°) qu'en désignant le bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau d'Amiens en qualité d'administrateur *ad hoc* de Nathalie et Marielle F, sans constater qu'il était impossible, dans l'intérêt des mineurs, de choisir l'administrateur *ad hoc* au sein de leur famille ou parmi leurs proches, le tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1210-1 du nouveau Code de procédure civile, ensemble les articles 388-2 et 389-3 du Code civil ;

4°) qu'hormis l'hypothèse d'une désignation d'un administrateur *ad hoc* en application de l'article 706-50 du Code de procédure pénale, l'administrateur *ad hoc* doit impérativement figurer sur la liste prévue à l'article R. 53 du même code ; qu'en nommant le bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau d'Amiens en qualité d'administrateur *ad hoc* dans l'attente de l'établissement de la nouvelle liste des administrateurs *ad hoc* dans le département de la Somme, le tribunal de grande instance a violé l'article 53-6 du Code de procédure pénale, ensemble les articles 388-2 et 389-3 du Code civil ;

5°) qu'en affirmant que le bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau d'Amiens, dont il ne précisait pas qui il était ni s'il allait exécuter personnellement sa mission, pouvait parfaitement être désigné en qualité d'administrateur *ad hoc*, sans dire en quoi il s'était signalé depuis un temps suffisant par l'intérêt qu'il porterait aux questions de l'enfance, le tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1210-1 du Nouveau Code de procédure civile, ensemble les articles 388-2 et 389-3 du Code civil ;

Mais attendu, d'abord, que si l'article 706-50 du Code de procédure pénale permet au procureur de la République ou au juge d'instruction saisis de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur de désigner un administrateur *ad hoc* lorsque la protection des intérêts du mineur n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux, ces dispositions ne sont pas exclusives, en l'absence de décision du juge d'instruction ou du procureur de la République, de celles de l'article 388-2 du Code civil, de portée générale, qui autorisent le juge des tutelles à procéder à cette désignation dès lors que l'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux a été constatée ; qu'ensuite, après avoir relevé, par motifs propres et adoptés, que les difficultés psychologiques de la mère, sa relation fusionnelle voire pathologique avec ses filles et la complexité de la situation familiale dans le cadre d'un divorce en cours l'empêchaient d'assurer en toute objectivité la défense des mineurs, le tribunal a souverainement déduit de ces éléments de fait l'existence d'une opposition d'intérêts entre M<sup>me</sup> C-F et ses deux filles et caractérisé la nécessité de désigner, dans l'intérêt des mineurs, un administrateur *ad hoc* extérieur à la famille ; qu'enfin, la désignation d'un administrateur *ad hoc* parmi les personnes figurant sur la liste prévue par l'article R. 53 du Code de procédure pénale ou dans les conditions définies par l'article R. 53-6 du même Code ne constitue qu'une simple faculté pour le juge procédant à cette désignation en application des articles 388-2 et 389-3 du Code civil ; D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

**NOTE :** L'administrateur *ad hoc* connaît en droit français un succès inégalé puisque pas moins de deux textes, l'un civil, l'autre pénal, organisent son intervention pour représenter les intérêts d'un mineur (C. Neirinck, *La dualité de régime de l'administrateur ad hoc des mineurs* : JCP G 2000, I, 228). Il fallait bien que la question de l'articulation de ces deux dispositions, et donc des deux régimes qu'elles organisent, soit un jour posée à la Cour de cassation. C'est la chambre civile qui, pour la première fois sous l'empire du droit positif, admet, dans l'arrêt du 25 octobre 2005, l'application cumulative des articles 388-2 du Code civil et 706-50 du Code de procédure pénale.

La chambre criminelle avait déjà admis l'applicabilité de l'article 388-2 du Code civil à la procédure pénale dans un arrêt du 28 février 1996 (Bull. crim. 1996, n° 38 ; JCP G 1996, II, 22707, note G. Raymond ; *Deffrénois* 1996, art. 36434, n° 140, obs. J. Massip ; RTD civ. 1996, p. 597, obs. J. Hauser ; D. 1997, somm. p. 208, obs. C. Desnoyer), antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 1998 relative à la répression des infractions sexuelles commises sur des mineurs et qui a remplacé l'article 87-1 du Code de procédure pénale par l'actuel article 706-50 du même code. Cette solution s'expliquait par le domaine d'application limité de l'article 87-1 du Code de procédure pénale qui ne concernait que les hypothèses dans lesquelles l'infraction était commise par un titulaire de



l'autorité parentale, alors que l'article 388-1 du Code civil offrait une plus large possibilité d'intervention de l'administrateur *ad hoc*. L'élargissement opéré par la loi de 1998 du domaine d'intervention de ce dernier, dans le cadre de la procédure pénale, avait semblé ôter tout intérêt à l'application en matière pénale de la disposition civile (A. Gouttenoire, *Rep. pr. civ. V° Mineurs*, n° 162), d'autant que cette dernière subordonnait la nomination d'un représentant *ad hoc* à une opposition d'intérêts entre le mineur et ses parents, alors que le Code de procédure pénale exigeait seulement une défaillance parentale dans la protection de l'enfant victime d'une infraction.

L'arrêt du 25 octobre 2005 illustre cependant une hypothèse dans laquelle le recours, dans le cadre d'une procédure pénale, à l'article 388-2 du Code civil (dans l'arrêt du 25 octobre 2005, la Cour de cassation se réfère à la fois à l'article 388-2 et à l'article 389-3 du Code civil, qui font double emploi en la matière. Toutefois l'article 388-2 étant plus spécifiquement relatif aux procédures judiciaires, il était plus approprié de s'en contenter) revêt un intérêt certain : celle dans laquelle ni le juge d'instruction ni le Procureur de la République n'ont jugé bon de désigner un administrateur *ad hoc* à l'enfant, représenté par l'un des titulaires de l'autorité parentale, alors que l'autre parent, objet des poursuites, estime que cette représentation n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant.

La Cour de cassation considère, à juste titre, que la compétence reconnue au procureur de la République et au juge d'instruction, saisis de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur, pour désigner un administrateur *ad hoc* lorsque la protection des intérêts du mineur n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux, n'est pas exclusive de la compétence du juge des tutelles, de procéder à cette désignation en vertu de l'article 388-2 du Code civil, de portée générale. La chambre criminelle de la Cour de cassation (*Cass. crim.*, 19 juill. 1945 : *RTD. civ.* 1946, p. 55, *obs.* P. Raynaud) a subordonné l'application d'une règle de procédure civile à la procédure pénale à deux conditions : d'une part elle doit relever d'un principe général gouvernant l'ensemble des procédures, et donc se trouver compatible avec l'esprit de la procédure pénale, d'autre part elle doit être contenue dans une loi au sens formel du terme, puisque les règles de procédure pénale relèvent, aux termes de la Constitution, du domaine de la loi. L'article 388-2 du Code civil satisfait à ces deux conditions. Son applicabilité à la procédure pénale concernant un mineur peut en outre être fondée sur la mission de surveillance générale des administrations légales que l'article 393 du Code civil confie au juge des tutelles.

Dans l'arrêt du 25 octobre 2005, la Cour de cassation reconnaît cependant la compétence du juge des tutelles « en l'absence de décision du juge d'instruction ou du Procureur de la République », ce qui exclurait l'intervention du juge des tutelles dans l'hypothèse d'un refus de l'une ou l'autre de ces autorités de désigner un administrateur *ad hoc* à l'enfant. Une telle limitation du cumul de compétences évite de faire du juge des tutelles un juge d'appel du refus du juge d'instruction ou du procureur de la République relative à la nomination d'un représentant *ad hoc* du mineur victime. Un tel refus n'est en effet pas susceptible de bénéficier des dispositions de l'article R. 53-7 du Code de procédure pénale qui organise l'appel des représentants légaux à l'encontre de la seule désignation d'un administrateur *ad hoc* ; l'hypothèse dans laquelle un administrateur légal a intérêt à contester le refus d'une telle nomination n'a pas été organisée par les textes, ni en droit pénal, ni en droit civil. Le

recours au juge des tutelles est ainsi la seule possibilité pour le parent, mais aussi pour l'enfant, à qui l'article 388-2 du Code civil reconnaît la possibilité de demander lui-même à ce qu'un représentant *ad hoc* lui soit désigné, de tenter de dépasser la résistance du juge d'instruction ou du Procureur de la République.

Il n'est pas certain que limiter l'application de la disposition civile à la seule hypothèse de l'inertie du juge pénal, à l'exclusion d'un refus de sa part, soit opportun. Le juge des tutelles est en effet susceptible d'adopter une approche différente, comme le montrent les faits qui ont donné lieu à l'arrêt commenté. Il semble que le juge d'instruction se soit contenté de la constitution de partie civile de la mère pour considérer que les intérêts de l'enfant étaient suffisamment protégés par elle, alors que le juge des tutelles avait relevé une situation familiale plus complexe et un comportement maternel pour le moins inquiétant au regard de l'intérêt des enfants.

La compétence du juge des tutelles est permise par l'existence d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et son représentant légal qui rendait la défense des mineurs par leur mère impossible. Le cumul des compétences du juge des tutelles et du juge d'instruction ou du procureur de la République est obligatoirement cantonné aux hypothèses où les critères de désignation de l'administrateur *ad hoc* au pénal et au civil sont simultanément satisfaits. Le juge des tutelles ne saurait désigner un administrateur *ad hoc* en se fondant sur l'insuffisance de la protection de l'enfant par son représentant légal, celle-ci n'étant pas synonyme d'opposition d'intérêts. On peut en revanche penser que toute opposition d'intérêt implique une impossibilité pour le parent d'assurer, dans la procédure pénale, une protection suffisante de ces intérêts. La désignation d'un administrateur *ad hoc* par le juge des tutelles sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil satisfait ainsi, également, le critère de l'article 706-50 du Code de procédure pénale.

En caractérisant l'opposition d'intérêts entre les enfants et leur mère, le juge des tutelles avait du même coup caractérisé l'impossibilité de choisir l'administrateur *ad hoc* au sein de leur famille et la nécessité de recourir à un tiers, en l'espèce le bâtonnier. L'article 1210-1 du Nouveau Code de procédure civile prévoit en effet que l'administrateur *ad hoc* doit être en priorité choisi au sein de la famille de l'enfant. Ce dernier texte est sans nul doute applicable à la désignation de l'administrateur *ad hoc* par le juge des tutelles sur le fondement d'une disposition du Code civil ; on ne voit pas comment ce magistrat aurait pu, ou dû, se prévaloir de l'article R. 53-6 du Code de procédure pénale aux termes duquel l'administrateur *ad hoc* doit être choisi parmi une liste préétablie de personnes ou, à défaut, parmi des personnes dont l'intérêt pour la cause de l'enfance a été reconnu. L'affirmation selon laquelle le recours à ce dernier texte ne constitue qu'une faculté pour le juge des tutelles est pour le moins surprenante. La cohérence de la mise en œuvre cumulative des deux régimes de l'administrateur *ad hoc* passe en effet par une application distributive des modalités distinctes de leur désignation.

Adeline GOUTTENOIRE

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo  
(identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

# Ratification de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants : une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans !

Document n° 9

Par **Natalie FRICERO**,  
Professeure à la Faculté de droit de Nice, Directrice de l'Institut d'études judiciaires  
RJPF-2008-1/10

*Adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996, signée par la France le 4 juin 1996, la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants a été approuvée par une loi du 1<sup>er</sup> août 2007 (1). Ce texte, désormais intégré au droit interne, renforce les droits procéduraux des enfants.*

La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants vise à promouvoir les droits des enfants, dans leur intérêt supérieur, à leur accorder des droits procéduraux et à en faciliter l'exercice en veillant à ce qu'ils puissent, par eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'autres personnes, ou organes, être informés et autorisés à participer aux procédures les intéressant devant une autorité judiciaire (2). Cette ratification doit être replacée dans un contexte de développement international des droits des enfants. La Convention des Nations unies du 20 novembre 1989 relative aux droits des enfants a ouvert la voie à une reconnaissance de droits substantiels : droits à un nom, une filiation, une nationalité, une famille ; droits économiques, comme la protection contre l'exploitation par le travail ; droits culturels, comme le droit à l'éducation et aux loisirs ; droits sociaux, comme le droit à une alimentation adéquate, à l'eau potable, à un logis. Elle a donné lieu en France à des modifications législatives importantes (3) et à une jurisprudence favorable à son applicabilité directe (4).

La Convention de 1996 crée des instruments permettant l'exercice de droits purement procéduraux. Il n'est pas contesté que les juges jouent un rôle essentiel dans la protection des droits fondamentaux ; dès lors, accorder des possibilités concrètes aux enfants de défendre leurs intérêts devant les juridictions est devenu une nécessité.

L'enfant est défini comme la personne qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans (art. 1, 1) : il s'agit donc d'un mineur au sens de la loi française (5). Cet enfant peut être concerné par une procédure parce qu'il est partie à l'instance (enfant victime de maltraitance, enfant jugé par un juge des enfants) ; par exemple, une mesure d'assistance éducative peut être prise à la requête du mineur lui-même (6), modifiée ou rapportée par le juge des enfants à sa demande (7).

Le plus souvent, l'enfant n'est pas partie à la procédure, mais il subit les conséquences d'une décision de justice : par exemple, dans la procédure de divorce de ses parents, l'enfant est intéressé par la définition de la résidence habituelle, des modalités d'exercice du droit de visite. Afin que le mineur puisse, en toutes circonstances, exprimer ses intérêts, ses droits procéduraux sont étendus par la Convention européenne (1). Mais leur prise en compte effective suppose que le juge soit doté de prérogatives importantes et que les représentants de l'enfant assument une responsabilité accrue (11).

contente de règles minimales que les États sont libres de compléter. Néanmoins, les droits sont parfois réservés aux enfants « ayant un discernement suffisant » (art. 3). La Convention laisse aux États la liberté de préciser les critères du discernement (tel que l'âge), ou de conférer au juge le pouvoir souverain d'apprécier le degré de discernement requis, en fonction de la nature de la procédure, des enjeux du procès pour l'enfant, du degré de maturité, du contexte...

• **Droit d'assurer sa défense au besoin contre les intérêts de ses représentants** – Lorsque les détenteurs de la responsabilité parentale sont en conflit d'intérêts avec l'enfant, il est souvent prévu par le droit interne qu'ils ne peuvent pas représenter cet enfant dans la procédure. L'enfant est alors en droit de demander, personnellement ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, la désignation d'un représentant spécial dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire. Cette possibilité peut être limitée par le droit interne aux enfants « ayant un discernement suffisant » (art. 4, 2).

Les « détenteurs des responsabilités parentales » sont définis par la Convention comme « les parents ou autres personnes ou organes habilités à exercer tout ou partie des responsabilités parentales » (art. 2, b) ; la France indiquera, aux termes d'une déclaration interprétative, qu'elle interprète la notion de détenteurs des responsabilités parentales « comme visant les représentants légaux de l'enfant au sens du droit français », excluant ainsi les services ou tiers qui accueillent l'enfant dans le cadre des procédures d'assistance éducative (8).

Le droit interne est déjà en conformité avec cette exigence : aux termes de l'article 388-2 du Code civil, lorsque dans une procédure les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter (9).

• **Droit d'être informé et d'exprimer son opinion dans les procédures** – Dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire, tout enfant considéré comme ayant un discernement

## I - L'EXTENSION DES DROITS PROCÉDURAUX DE L'ENFANT

A. Des prérogatives procédurales renforcées

Le contenu des droits procéduraux est défini de manière extensive, même si la Convention se

## NOTES

- (1) L. n° 2007-1155, 1<sup>er</sup> août 2007, JO 2 août 2007.
- (2) Le texte de la Convention est en ligne sur le site du Conseil de l'Europe : [conventions.coe.int](http://conventions.coe.int)
- (3) L. n° 93-22, 8 janv. 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant ; L. n° 98-468, 17 juin 1998,

relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs ; L. n° 2002-305, 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale...

(4) CE, 22 sept. 1997, n° 161364 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ, 18 mai 2005, n° 02-20.613, RJPF-2005-9/31, note F. Eudier ; Cass. 1<sup>er</sup> civ,

suffisant doit disposer de trois séries de prérogatives :

- le droit de recevoir une information pertinente. Seules les informations appropriées, qui, eu égard à l'âge et au discernement de l'enfant, lui permettent d'exercer pleinement ses droits, lui sont communiquées. Encore faut-il que cette communication ne nuise pas à son bien-être (art. 2, d) ;

- le droit d'être consulté et d'exprimer son opinion (art. 3, a et 3, b). L'enfant peut demander à bénéficier de ces droits, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit entendu systématiquement. Il a un droit au silence ! L'expression de l'opinion de l'enfant peut revêtir des modalités procédurales souples, l'enfant étant auditionné par le juge, seul ou assisté d'un avocat spécialisé ;

- le droit d'être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision (art. 3, c). Il arrive que le droit interne subordonne une mesure à son consentement du mineur ; s'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière (10). L'enfant doit être informé du fait que l'absence de son consentement empêche le prononcé du jugement.

• Pas de qualité de partie au procès - Il n'est pas nécessaire que le droit procédural confère à l'enfant la qualité de partie au procès. L'article 388-1 du Code civil prévoit à cet égard que « l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure ».

• Droits procéduraux de la défense - À titre facultatif, les États peuvent accroître les droits de la défense des enfants (art. 5). Ainsi, ils peuvent organiser le droit de demander à être assisté « par une personne appropriée de leur choix » afin de les aider à exprimer leur opinion, le droit de demander la désignation d'un représentant distinct (comme un avocat), le droit de désigner leur propre représentant ou, enfin,

celui d'exercer tout ou partie des droits réservés aux étudiants du Centre de formation juridique. Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique. Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant : 11724). email: xavier.tuffigo@univ-lyon2.fr

L'article 388-5 du Code de procédure civile précise que la convocation du mineur en vue de son audition par le juge « l'informe de son droit d'être entendu seul, avec un avocat ou une autre personne de son choix ».

• Droit à l'aide judiciaire - Si le droit interne prévoit un mécanisme d'aide judiciaire ou de conseil juridique, l'enfant doit en bénéficier lorsqu'il sollicite un représentant en raison d'un conflit avec ses représentants, ou lorsque le juge nomme un représentant spécial pour l'enfant (art. 14).

B. Une portée limitée aux procédures intéressant l'enfant

• Procédures concernées - Les nouvelles dispositions concernent essentiellement les procédures intéressant l'enfant devant une autorité judiciaire (tribunal ou autorité administrative ayant des compétences équivalentes). Plus précisément, la Convention intéresse les « procédures familiales » (art. 1, 3), en particulier celles relatives à l'exercice des responsabilités parentales, s'agissant notamment de la résidence et du droit de visite à l'égard des enfants. Cette définition suscite des hésitations parce que les intérêts de l'enfant risquent d'être affectés dans de très nombreuses situations (par exemple, la procédure en résiliation du bail du logement familial suppose-t-elle l'audition de l'enfant ?).

Les États ne sont pas contraints de soumettre toutes les procédures à ce dispositif : ils doivent déclarer au moins trois catégories de litiges auxquels ces droits seront appliqués (sous réserve de compléments et de règles plus favorables toujours possibles) (art. 1, 4). La France a précisé dans l'exposé des motifs du projet de loi que cinq catégories de litiges familiaux sont visées : modalités d'exercice de l'auto-

rité parentale, détermination de résidence et d'autorité parentale, assistance éducative pour les enfants en danger.

De plus, l'autorité judiciaire doit désigner un représentant pour l'enfant en cas de conflits avec les détenteurs des responsabilités parentales (art. 9, 1) et celui de désigner un représentant distinct (un avocat) pour représenter

« L'autorité judiciaire doit avoir le pouvoir de désigner un représentant pour l'enfant en cas de conflit d'intérêts avec les détenteurs des responsabilités parentales. »

• Champ d'application hors procédure - La Convention entend également assurer la protection des intérêts des enfants en évitant autant que possible le recours à la procédure judiciaire : les États signataires s'engagent à mettre en œuvre la médiation ou toute autre méthode de résolution des conflits, et leur utilisation pour conclure un accord, dans les cas appropriés (art. 13).

Il est également envisagé une extension des droits procéduraux de l'article 3 aux procédures intéressant l'enfant devant d'autres organes que les autorités judiciaires (entendues comme les tribunaux et autorités administratives ayant des compétences équivalentes : art. 2, a), et à des questions intéressant les enfants indépendamment de toute procédure (art. 11).

l'enfant dans la procédure l'intéressant, même s'il n'y a pas de conflit d'intérêts mais que le juge se trouve dans un cas approprié particulier (art. 9, 2).

• Nouveaux devoirs - La célérité des processus judiciaires intéressant l'enfant doit être assurée. Tout juge doit respecter l'exigence du délai raisonnable prévue à l'article 6, 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la Cour européenne apprécie très rigoureusement en ce qui concerne les procès dans les matières familiales (la nécessité de maintenir les liens familiaux impose une diligence particulière).

La Convention ratifiée impose au juge d'agir « promptement pour éviter tout retard inutile » et, en cas d'urgence, prévoit que les autorités puissent rendre des décisions immédiatement exécutoires (art. 7). Dans tous les cas, des procédures doivent assurer une exécution rapide des décisions.

Dans le processus décisionnel, de nouvelles obligations pèsent sur les juges (art. 6) :

- vérifier qu'ils disposent d'éléments d'information suffisants pour prendre une décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant (et solliciter des informations supplémentaires de la part des détenteurs de l'autorité parentale) ; - si l'enfant a un discernement suffisant, s'assurer qu'il a reçu une information pertinente, le consulter (en privé ou par l'intermédiaire d'autres personnes, sous une forme appropriée), sauf si cela est manifestement contraire à ses intérêts supérieurs, et permettre à l'enfant d'exprimer son opinion ;

II - L'EFFECTIVITÉ DES DROITS PROCÉDURAUX DE L'ENFANT

A. Une nouvelle vigilance demandée au juge

• Nouveaux pouvoirs - La Convention impose aux États de prévoir des procédures de saisine d'office du juge (« autosaisine ») lorsque « le bien-être de l'enfant est sérieusement menacé » (art. 8). Dans le cadre de l'assistance éducative, l'article 375 du Code civil précise que les mesures peuvent être ordonnées à la demande, notamment, du ministère public, et que le juge des enfants « peut se saisir d'office à titre exceptionnel ». Les décisions prises peuvent être modifiées par le juge ou le procureur d'office (11).

18 mai 2005, n° 02-16.336, RJPJ-2005-9/33, obs. F. Eudier.

(5) À l'exclusion du mineur émancipé, qui a acquis la capacité juridique.

(6) C. civ., art. 375.

(7) C. civ., art. 375-6.

(8) Exposé des motifs du projet de loi autorisant l'approbation de la convention, pré-

senté au nom de F. Fillon par B. Kouchner : Projet de loi Sénat n° 315, 2006-2007.

(9) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 oct. 2005, n° 03-14.404, Bull. civ. I, n° 390, RJPJ-2006-1/17, obs. F.-J. Pansier : le juge apprécie souverainement l'existence d'un conflit d'intérêts.

(10) C. civ., art. 343.

(11) C. civ., art. 375-6.

• Réforme de la protection de l'enfance – Observons que la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance a en quelque sorte anticipé la ratification de la Convention de 1996 (12). En effet, l'article 388-1 du Code civil précise,

La loi du 5 mars 2007 a également renforcé les devoirs du juge, conformément aux prescriptions de la Convention ratifiée : le dernier alinéa de l'article 388-1 du Code civil précise en effet que « le juge s'assure que le mineur a été informé de

agir auprès d'une autorité judiciaire au nom de l'enfant, ou les détenteurs des responsabilités parentales, si l'État le prévoit) doit fournir toute information pertinente à l'enfant, lui indiquer les conséquences éventuelles de « la mise en pratique de son opinion » et de toute action du représentant ; et déterminer l'opinion de l'enfant et la porter à la connaissance de l'autorité judiciaire (art. 10, 1).

Une formation adéquate des avocats spécialisés dans les contentieux intéressant la famille est souhaitable, dans la mesure où leur intermédiaire garantit l'effectivité du dispositif.

Ces responsabilités pourront éventuellement s'exercer devant d'autres organes que les autorités judiciaires, et concerner des questions « intéressant les enfants indépendamment de toute procédure » (15).

• Organes de défense des droits des enfants – La création d'organes de défense des droits

des enfants est encouragée, avec pour missions de faire des propositions législatives, formuler des avis sur les projets de lois, fournir des informations générales aux médias, au public et aux personnes ou organes concernés par les questions relatives aux enfants, et rechercher l'opinion des enfants et leur fournir des informations appropriées (art. 12).

Dans ce contexte, il faut suivre avec attention les modifications des institutions proposées par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République (16) : il est suggéré de créer un Défenseur des droits fondamentaux, qui regrouperait le Défenseur des enfants et d'autres autorités (Cnil, Halde et contrôleur général des lieux de privation de liberté) afin de renforcer les moyens, de simplifier les compétences, et d'assurer une plus grande lisibilité de la protection des moins de 18 ans comme des autres personnes.

### « Une formation adéquate des avocats spécialisés dans les contentieux intéressant la famille est souhaitable. »

depuis la réforme, que le mineur capable de discernement peut être entendu dans toute procédure le concernant. « Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande », alors qu'auparavant le juge pouvait refuser en motivant sa décision.

Cette réforme garantit aussi une meilleure application du nouveau règlement Bruxelles II bis (13), dont l'article 23 énonce les motifs de non-reconnaissance et de non-exécution (14) des jugements rendus en matière de responsabilité parentale et vise le cas où, « sauf en cas d'urgence, [la décision] a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'État membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu ». Dès lors que l'enfant demande son audition, l'impossibilité pour le juge de lui opposer un refus permettra de garantir la circulation de la décision dans l'Union européenne.

son droit à être entendu et à être assisté par un avocat ».

Aux termes de l'article 388-7 du Code de procédure civile, lorsque le mineur se présente seul en vue de son audition, le juge lui donne avis de son droit d'être entendu avec un avocat ou toute autre personne de son choix. Si le mineur exerce ce droit, l'audition est renvoyée à une audience ultérieure. Le juge doit requérir du bâtonnier la désignation d'un avocat si le mineur demande à être entendu en présence d'un avocat mais qu'il n'a pas choisi lui-même un représentant.

B. De nouvelles responsabilités confiées aux représentants

• Missions du représentant – Si une procédure intéresse un enfant ayant un discernement suffisant, le représentant (avocat ou autre organe nommé pour

## NOTES

(12) Sur cette réforme, v. F. Eudier et F. Chamboncel-Salique, *Réforme de la protection de l'enfance : le défi de la coopération*, RJPFF-2007-11/11 et 2007-12/10.

(13) Règl. Cons. CE n° 2201/2003, 27 nov. 2003, JOUE 23 déc. 2003, n° L. 338, p. 1, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Sur ce texte, v. A. Boiché, *Les dispositions du règlement Bruxelles II bis en matière de responsabilité parentale et de droit de visite*, RJPFF-2005-3/12.

(14) L'article 31 du règlement, à propos de la requête en déclaration de la force exécutoire, renvoie aux motifs prévus par l'article 23.

(15) L'article 11 de la Convention envisage l'extension des articles 4 et 9 à d'autres organes et aux questions indépendantes des procédures.

(16) H. Hourdin et B. Mathieu, *Clarifier la répartition des pouvoirs au sein de l'exécutif, renforcer le Parlement et donner des nouveaux droits aux citoyens*, JCP G 2007, I, 201.

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant: 111724 - e-mail: xavier.tuffigo@wanadoo.fr - mdp: s... incorporate)

# Autorité parentale : le juge doit prendre en compte, en tout état de cause, la demande d'audition émanant d'un mineur capable de discernement

RJPF-2005-9/31

Par Frédérique EUDIER, Maître de conférences à la Faculté de droit de Rouen, UMR 8056 CNRS - Université de Paris I

- Autorité parentale
- Résidence de l'enfant
- Audition de l'enfant
- Office du juge
- Intérêt de l'enfant

## SOLUTION

La première chambre civile casse l'arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes sur le fondement des textes invoqués par le demandeur au pourvoi. La Cour vise également les articles 3-1 et 12-2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant dont elle relève d'office la violation. En effet, selon la Haute juridiction, la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu imposaient aux magistrats de la cour d'appel de prendre en compte la demande d'audition.

## ANALYSE

Le droit international, le droit européen et, récemment, le droit communautaire (v. A. Boiché, Les dispositions du règlement Bruxelles II bis en matière de responsabilité parentale et de droit de visite, RJPF-2005-3/12 ; A. Gouttenoire, L'audition de l'enfant dans le règlement « Bruxelles II bis », Dr. & patr. 2005, n° 138, p. 84) ont consacré le droit du mineur capable de discernement d'exprimer son opinion dans le cadre d'une procédure relative à l'exercice de l'autorité parentale. Dans le présent arrêt, la Haute juridiction judiciaire manifeste clairement sa volonté de faire respecter par les juridictions du fond les engagements internationaux pris par la France. En effet, la portée de la cassation prononcée sur le fondement des textes de droit interne concernant l'audition du mineur (II) est renforcée par l'application d'office des dispositions de la Convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant (I).

## I - L'APPLICATION D'OFFICE DES DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES

La Cour de cassation relève d'office la violation par la juridiction du second degré des articles 3-1 et 12-2 de la Convention de New York. L'article 3-1 prévoit que dans toute décision concernant l'enfant, l'intérêt supérieur de celui-ci doit être une considération primordiale. Conformément à l'article 12-2, le mineur doit avoir la possibilité d'être entendu, directement ou indirectement, dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant. La Haute juridiction affirme sans ambiguïté que ces textes s'imposent aux juridictions judiciaires françaises.

En l'espèce, les juges du fond n'ont pas tenu compte de la démarche faite par la mineure. Ayant relevé que M. B. dénigrait systématiquement son ancienne épouse, ils ont préféré maintenir la résidence de l'enfant à Detroit afin d'éviter une rupture des liens entre Chloé et sa mère et ont ainsi donné raison au parent le plus apte à respecter les droits de l'autre.

La première chambre civile estime qu'en vertu de l'article 3-1 de la Convention de New York, la cour d'appel aurait dû au moins examiner la demande d'audition de l'enfant afin d'être en mesure de rendre la décision la plus conforme à son intérêt apprécié *in concreto* au regard de son âge et des circonstances particulières de l'affaire.

La référence à l'intérêt supérieur (*the best interest* en « version originale ») de l'enfant n'est pas sans susciter des inquiétudes quant à son éventuel pouvoir dévastateur dans des domaines où le juge jouit d'un pouvoir d'appréciation étendu (v. not. P. Mura, note sous CE, 22 sept. 1997,

## FAITS ET PROCÉDURE

À la suite du divorce de ses parents, la résidence de Chloé, née en 1990, est fixée chez sa mère dans le Morbihan. Quelque temps plus tard, cette dernière part s'installer avec sa fille aux États-Unis. M. B., le père de Chloé, tente alors d'obtenir le transfert en France de la résidence de son enfant. Alors que la cour d'appel s'apprête à rendre sa décision, Chloé, âgée de douze ans, adresse à la juridiction, en cours de délibéré, une lettre faisant part de son refus de continuer à vivre aux États-Unis et de son désir d'être entendue. La cour d'appel de Rennes rejette la demande de M. B. sans prendre en compte la lettre de Chloé et sans s'expliquer sur son refus de procéder à l'audition de celle-ci. M. B. forme alors un pourvoi en cassation dont le moyen unique est fondé sur la violation des articles 388-1 du Code civil et 388-1 et suivants du NCPC : la demande du mineur peut être présentée en tout état de la procédure et le juge ne peut écarter l'audition que par une décision spécialement

n° 161364, cit. *infra*) et des interrogations quant à sa coexistence avec la Convention d'intérêt de l'enfant (v. A. Gouttenoire-Cornut, note sous CE, 22 sept. 1997, n° 161364, cit. *infra*) qui doit évidemment inspirer les décisions des juridictions du fond en matière d'autorité parentale. La formule, très générale, permet l'application de l'article 3-1 dans de nombreux domaines du droit de la famille (v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-16.336 : l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 justifie la décision des juges du fond d'organiser un droit de visite au profit d'un transsexuel auteur d'une reconnaissance annulée).

*Quid* de l'applicabilité directe de ces textes conventionnels devant les juridictions judiciaires françaises ? Certes, dans le présent arrêt, la première chambre civile ne reconnaît pas expressément le caractère auto-exécutoire des deux articles conventionnels visés. Cependant, le changement de perspective par rapport à la jurisprudence *Le Jeune* (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mars 1993, n° 91-11.310, Bull. civ. I, n° 103, D. 1993, Jur., p. 361, note J. Massip, JCP éd. G 1993, I, 3688, n° 4, obs. J. Rubellin-Devichi, Rev. crit. DIP 1993, p. 449, note P. Lagarde ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juill. 1993, nos 92-05.015 et 91-18.735, Bull. civ. I, n° 259, D. 1994, Jur., p. 191, note J. Massip, JCP éd. G 1994, I, 3729, n° 1, obs. J. Rubellin-Devichi, JCP éd. G 1994, II, 22219, note Y. Benhamou, RTD civ. 1993, p. 814, obs. J. Hauser) est patent. D'ailleurs, dans une décision rendue le 14 juin 2005 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2005, n° 04-16.942, à paraître au bulletin), dans l'affaire concernant la petite Charlotte Washington dont le retour immédiat aux États-Unis a été ordonné par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, les hauts magistrats affirment expressément l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention de New York devant les juridictions françaises.

Le présent arrêt est donc la première manifestation du revirement de jurisprudence. La position de la Cour de cassation rejoint ainsi celle du Conseil d'État (CE, 22 sept. 1997, n° 161364, JCP éd. G 1998, II, 10052, note A. Gouttenoire-Cornut, JCP éd. G 1998, I, 101, n° 5, obs. Th. Fossier, Dr. famille 1998, n° 56, note P. Murat, RTD civ. 1998, p. 76, obs. J. Hauser, RDSS 1998, p. 174, note F. Monéger, RFD adm. 1998, p. 562, concl. R. Abraham) qui, cependant, ne reconnaît pas l'applicabilité directe de l'article 12-2 (CE, 3 juill. 1996, n° 140872, Dr. famille 1997, n° 8, note P. Murat). Ce dernier texte a largement inspiré le législateur français en 1993.

Document imprimé le 24/01/2011 à 11h05 par Xavier Tuffigo (identifiant : 1142) - e-mail : xavier.tuffigo@wanadoo.fr - mdp.sapincorporate

La cassation est également fondée sur les règles de droit interne légales et réglementaires relatives à la demande d'audition émanant du mineur et à la décision judiciaire statuant sur cette demande. À cet égard, le présent arrêt met en lumière la spécificité du régime procédural de l'audition du mineur en justice. La demande d'audition peut être présentée en tout état de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel (NCPC, art. 338-2). De même, le mineur doit être en mesure de renouveler au second degré de juridiction une demande d'audition non satisfaite au premier degré. La première chambre civile précise que la faculté de demander l'audition peut être exercée même pendant le délibéré de la juridiction. Il n'y a pas lieu de s'étonner d'une telle solution puisque la démarche faite par le mineur, qualifiée de « demande » par l'article 338-2 du NCPC, n'en est pas une au sens procédural du terme. Elle n'est d'ailleurs soumise à aucun formalisme (NCPC, art. 338-2). Elle ne saurait être assimilée à une intervention volontaire dans la procédure qui conférerait à l'enfant la qualité de partie qu'il ne peut acquérir même s'il est entendu par le juge (C. civ., art. 388-1, al. 3). Le mineur est donc irrecevable à faire valoir des prétentions au sens de l'article 4 du NCPC. Reste qu'à ce stade de la procédure, si l'audition de l'enfant est envisagée, il convient sans doute de provoquer une réouverture des débats afin d'assurer le respect du principe du contradictoire. Si la Cour de cassation oblige le juge à se prononcer sur la demande du mineur, elle

réserve la possibilité d'un refus d'audition du mineur en présence de l'autorité parentale (C. civ., art. 388-1, alinéa 2 du Code civil). La décision statuant sur la demande est un acte judiciaire non juridictionnel. En conséquence, les principes directeurs du procès, notamment le principe du contradictoire, ne lui sont pas applicables. Elle n'est susceptible d'aucun recours (NCPC, art. 338-3, al. 1<sup>er</sup>). C'est pourquoi elle a pu être qualifiée de mesure d'administration judiciaire (A. Gouttenoire, Rép. proc. civ. Dalloz, v° Mineur, 2003, n° 79). Il n'est pas certain, cependant, qu'une telle décision réponde parfaitement à la définition de ce type de mesure d'ordre intérieur (sur ces mesures, v. L. Cadiet et E. Jeuland, Droit judiciaire privé, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2004, n° 115) insusceptible « d'affecter les droits et obligations d'une partie » (Cass. soc., 24 mai 1995, n° 92-10.483, Bull. civ. V, n° 168, RTD civ. 1995, p. 958, obs. R. Perrot). Du fait de l'absence de recours, l'exigence d'une motivation spéciale en cas de refus d'audition (C. civ., art. 388-1, al. 2), soulignée par la Haute juridiction, peut apparaître « plus comme une luxe philosophique que comme une véritable nécessité procédurale » (A. Gouttenoire, préc., n° 77). Le rapport Dekeuwer-Défossez (Renover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Doc. fr., 1999, p. 86) avait, à cet égard, préconisé une réforme législative qui n'est jamais intervenue. Les juges ne doivent pas, pour autant, se désintéresser des sentiments de l'enfant capable de discernement dans le cadre d'une procédure opposant des adultes parfois oublieux de ses intérêts.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, P+B+R+I, cassation, CA Rennes, 30 sept. 2002.

TEXTE DE L'ARRÊT (EXTRAITS)

**La Cour,**

Sur le moyen unique, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du Nouveau Code de procédure civile ;

Vu les articles 3-1 et 12-2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 388-1 du Code civil et 338-1, 338-2 du Nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge en tout état de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel ; que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée ;

Attendu que l'enfant **Chloé B.**, née le [...] 1990, dont la résidence a été fixée chez sa mère aux États-Unis, a demandé, en cours de délibéré, par lettre transmise à la cour d'appel, à être entendue dans la procédure engagée par son père pour voir modifier sa résidence ; que l'arrêt attaqué ne s'est pas prononcé sur cette demande d'audition de l'enfant ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, cassé et annulé (...)

## 35 La représentation de l'enfant victime

(identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

Par SYLVIE GARDE-LEBRETON,  
Avocat, Présidente de la commission des mineurs du barreau de Lyon

Le système juridique actuel impose la représentation de l'enfant considéré comme juridiquement incapable.

Quelle est alors la meilleure représentation qui permettra de protéger au mieux les intérêts de l'enfant victime ? Les parents, protecteurs naturels sont-ils les mieux placés ou ne vaut-il pas mieux désigner une personne tierce qui pourra prendre le recul nécessaire ?

1 - Poser la question de la représentation de l'enfant victime conduit nécessairement à se poser d'abord la question de la place de ce mineur dans le procès pénal de son agresseur.

C'est un truisme de rappeler que la place du mineur victime a été longtemps sacrifiée au profit d'un silence censé assurer une paix familiale, sociale, voire maintenir l'équilibre économique du groupe familial, ou simplement ne pas risquer le regard des autres dont on craignait plus d'opprobre que de compassion.

La société s'est peu à peu convaincue de la nécessité pour l'enfant victime d'être présent dans le cadre du procès de son agresseur et d'être ainsi reconnu comme tel par la justice.

Le développement d'un véritable droit de l'enfance, allant dans le sens de la reconnaissance d'une plus grande autonomie, de la prise en compte de la volonté de l'enfant et de la nécessité de l'associer aux décisions le concernant a naturellement laissé une place au mineur victime dans le débat judiciaire. En théorie au moins, compte tenu du système juridique existant fondé sur l'incapacité juridique du mineur.

2 - C'est sans doute dans ce domaine qu'on retrouve le plus de traces de l'ancienne conception des droits de l'enfant, fondée sur une idée paternaliste qui s'est trouvée en vigueur jusqu'aux années 1990. L'enfant était alors considéré uniquement comme un être fragile dont la protection ne pouvait être assurée autrement que par le truchement des adultes, incapable juridiquement de demander réparation et de donner son sentiment s'agissant notamment de la réparation des atteintes subies. Le parallèle est troublant avec la façon dont le monde médical a longtemps ignoré la souffrance de l'enfant.

Le concept d'enfant victime s'est peu à peu élaboré au travers de différents textes entérinant l'évolution des mentalités et élargissant les brèches arrachées aux théories anciennes. Mais ce concept ne pouvait se développer qu'à l'abri d'une représentation de l'enfant imposée par son incapacité juridique et déclinée de façon à déjouer d'éventuelles contradictions d'intérêts.

3 - Différents outils ont ainsi été mis en place. Jean-Pierre Rosenzweig posait en avril 1990 la question suivante : l'enfant abusé sexuellement peut-il se défendre ? La réponse était oui, à condition que la victime ne se retrouve pas seule face à l'auteur des faits. Car l'enfant victime a d'abord été envisagé sous le seul angle de l'enfant victime d'abus sexuels de la part des titulaires de l'autorité parentale.

4 - Ainsi, la loi du 10 juillet 1989<sup>1</sup> a instauré l'ancien article 87-1 du Code de procédure pénale permettant au « juge d'instruction saisi de faits commis volontairement à l'encontre d'un enfant mineur par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou par l'un d'entre eux », de « procéder à la désignation d'un administrateur ad hoc, pour exercer, au nom de l'enfant, les droits reconnus à la partie civile (...) ». En cas de constitution de partie civile, le juge pouvait faire désigner un avocat d'office pour le mineur, s'il n'en avait pas déjà choisi un.

5 - Ce texte a été abrogé par la loi du 17 juin 1998<sup>2</sup>, qui a élargi la désignation de l'administrateur ad hoc aux cas où l'enfant n'avait pas seulement été victime de ses représentants légaux mais où ceux-ci ne semblaient pas assurer complètement la protection des intérêts de l'enfant.

C'est l'article 706-50 du Code de procédure pénale.

6 - Dans l'intervalle, la loi du 8 janvier 1993<sup>3</sup>, dans ses articles 388-1 et 389-3, offrait :

- la possibilité pour l'enfant d'être entendu dans toutes procédures le concernant, s'agissant des mineurs capables de discernement (C. civ., art. 388-1) ;

- la nomination possible d'un administrateur ad hoc quand les intérêts du mineur étaient en opposition avec ceux de l'administrateur légal s'agissant des actes civils.

Cet article réservait les cas où la loi ou l'usage autorisait les mineurs à agir eux-mêmes.

Le mineur victime peut donc désormais à la fois bénéficier d'une représentation susceptible de lui permettre d'obtenir la réparation des atteintes subies, et parallèlement disposé du droit offert à tout enfant d'être entendu dans les procédures le concernant. Faire entendre son point de vue, mais toujours contraint, pour émettre des prétentions juridiques, de s'en remettre à un adulte.

7 - On ne peut qu'être étonné de la différence de traitement existant entre l'enfant victime et les possibilités juridiques qui sont celles d'enfants mineurs dans d'autres domaines.

- Dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative, l'enfant mineur doué de discernement (depuis le décret du 15 mars 2002) est partie, peut saisir le juge, former des demandes et interjeter appel des décisions prises à son endroit. Il a une pleine capacité d'exercice, de même que ses parents.

- En matière pénale, la responsabilité de l'enfant délinquant est recherchée de plus en plus tôt ; il est susceptible d'être retenu administrativement dans un commissariat dès dix ans, encourt des sanctions éducatives au même âge puis des peines à compter de treize ans.

- En matière civile, le mineur, sous condition de discernement, peut demander à être entendu dans toute procédure le concernant.

8 - Point de ces déclinaisons s'agissant du mineur victime. Il ne lui est offert que la possibilité d'être représenté.

En conséquence, si le droit a su évoluer en matière civile, si la responsabilité de l'enfant délinquant peut être recherchée de plus en plus tôt, il est manifeste que sa minorité pèse très fortement sur l'enfant victime et les moyens dont il dispose pour occuper cette place, que pourtant personne ne songe aujourd'hui à lui contester.

### I. - LA REPRÉSENTATION DE L'ENFANT PAR SES PARENTS

8 - Les premiers représentants de l'enfant sont naturellement ses parents.

Il s'agit d'un mouvement naturel de protection, laquelle doit être exercée par les titulaires de l'autorité parentale. L'exercice de cette protection rencontre cependant des limites, d'où la possibilité de désigner un administrateur ad hoc qui, dans le cadre d'une déclinaison de l'autorité parentale, sera chargé d'organiser la représentation de l'enfant.

Chaque fois que cela apparaît possible, la place des parents et leur capacité de représentation doivent être préservées et au besoin soutenues et aidées. La fragilité des parents, leur désarroi, leur méconnaissance du fonctionnement judiciaire pourraient, pour des raisons de simplicité ou pour l'idée que l'on se fait de l'intérêt de l'enfant, incliner les intervenants à solliciter la désignation d'un administrateur ad hoc.

Ndlr : Colloque « Enfance et justice » organisé par le Centre de droit de la famille de

Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

1. L. n° 89-487, 10 juill. 1989 : JO 14 juill. 1989, p. 8869.

2. L. n° 98-468, 17 juin 1998 : JO 18 juin 1998, p. 9255.

3. L. n° 93-22, 8 janv. 1993 : JO 9 janv. 1993.

Là où l'enfant a été agressé, la protection exercée par l'intermédiaire de ses parents quand elle est particulièrement particulière. C'est là une forme de protection qui relie le social à l'intime.

9 - Il semble ainsi, au travers d'observations faites dans des dossiers, que la capacité des parents à entendre l'enfant, à recueillir ou à adhérer à ses propos, puis à mettre en place les outils nécessaires à sa prise de position dans le dossier pénal en se constituant partie civile, soit tout à fait importante dans les éléments permettant la reconstruction de l'enfant et sa capacité à grandir avec les faits dont il a été victime.

Or, la rédaction de l'article 706-50 du Code de procédure pénale permet une appréciation subjective puisque la désignation de l'administrateur *ad hoc* est possible « lorsque la protection des intérêts de l'enfant n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux ». Il est tout à fait important que cette réserve soit appréciée avec mesure afin de ne pas disqualifier les parents du rôle aussi fondamental que celui de protecteur naturel.

On peut faire le parallèle avec les efforts développés en matière d'assistance éducative pour maintenir, resituer, soutenir les parents à la place qui est la leur, entre enfants, juge et intervenants éducatifs. Il peut exister ainsi des véritables blessures à se sentir écarté de ce rôle de protection.

10 - Ce nonobstant, la désignation et la place de l'administrateur *ad hoc* restent parfaitement justifiées dans de nombreux cas.

L'administrateur *ad hoc* peut ainsi être désigné dans des cas où la contradiction d'intérêts entre l'enfant victime et le titulaire de l'autorité parentale a pour conséquence de préjudicier gravement au droit du mineur à une réparation. Elle permet aux parents, parfois conscients de leur devoir de protection mais pris dans un réseau inextricable, où la place et le rôle de chacun se confondent, de prendre ainsi un recul nécessaire, souvent protecteur de l'avenir.

## II. - L'ADMINISTRATEUR AD HOC réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.

Il est désigné par le procureur de la République ou par le juge d'instruction et choisi parmi une liste de personnes physiques ou morales habilitées, tenue dans le ressort de chaque cour d'appel. Le moment de son intervention est variable. Il est souhaitable qu'il soit désigné le plus tôt possible.

L'article 706-53 du Code de procédure pénale permet sa présence aux côtés du mineur victime lors des auditions au cours de l'enquête ou de l'information. L'administrateur *ad hoc* assure l'accompagnement de l'enfant sur le plan juridique mais également sur le plan humain. Il fait alors obstacle à ce que le représentant légal de l'enfant intervienne au nom du mineur. Il désigne un avocat qui le représentera dans le cadre de la procédure pénale, tout au long de la procédure pénale et formera des demandes tendant à obtenir la réparation des atteintes subies.

12 - Entre ces deux pôles (responsabilisation des parents ou désignation d'un administrateur *ad hoc* destiné à éviter au mineur d'avoir à subir les effets d'une contradiction d'intérêts), les positions fluctuent et sont parfois étonnantes.

Ainsi un dossier où le fils aîné avait abusé de son petit frère alors qu'ils se trouvaient tous deux au domicile de leurs parents. Le parquet des mineurs avait saisi le juge pour enfants de deux requêtes :

- aux fins de poursuites pénales (s'agissant de l'aîné),
- dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance (s'agissant du plus jeune).

Dans le cadre de la procédure pénale, les parents intervenaient comme civilement responsables de leur fils aîné, le garçon ayant par ailleurs son avocat. Dans le cadre de la procédure d'assistance éducative concernant le plus jeune, les parents étaient également parties, de même que le mineur victime, assisté par son avocat. Les parents, au-delà de l'analyse de leurs qualités juridiques successives, se trouvaient moralement dans une position impossible, parents de l'auteur et de la victime et incapables de faire un choix.

Document n° 42

N° 434

### CONVENTIONS INTERNATIONALES

Accords et conventions divers - Convention de New York du 26 janvier 1990 - Droits de l'enfant - Article 12.2 - Droit d'être entendu - Exercice - Modalités - Pouvoirs du juge - Eten due - Détermination

*C'est à bon droit et en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3.1 de la convention de New-York du 26 janvier 1990 et de son droit à être entendu dans toute la procédure le concernant consacré par l'article 12.2 du même traité, qu'une cour d'appel, sans accorder à l'enfant la qualité de partie à la procédure et, sans confier ses intérêts à un administrateur ad hoc, l'administration des biens du mineur n'étant pas en cause, prend l'initiative de lui faire désigner un avocat afin de recueillir ses sentiments et d'en faire état lors de l'audience, étant relevé que la juridiction saisie a toujours, en tout état de la procédure, la possibilité de procéder à l'audition personnelle de l'enfant soit à sa demande, soit si les circonstances rendent cette mesure utile ou nécessaire.*



22 novembre 2005

Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr) Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique. Mais attention, l'usage de l'enfant au sens de l'article 373-2 du Code de procédure civile n'est pas le même que celui de l'article 373-2-1 du Code de procédure civile.

Attendu que M. X... et Mme Y... se sont mariés le 29 juin 1991, qu'une enfant, Emeline, est née le 18 février 1994 de leur union ; que le divorce a été prononcé aux torts partagés des époux et une enquête sociale ordonnée concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, la résidence habituelle de l'enfant et les droits de visite et d'hébergement ; qu'à la demande du juge saisi, un avocat, intervenant pour l'enfant, a été désigné et entendu au cours de la procédure ;

Sur le premier moyen, pris en ses diverses branches :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Nîmes, 18 juin 2003) d'avoir statué sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale en présence et sur l'intervention de l'avocat désigné pour défendre les intérêts de l'enfant, alors, selon le moyen :

1° que l'intervention de l'enfant mineur n'est pas recevable dans les instances relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale ; qu'en admettant l'intervention d'Emeline, représentée par son avocat, dans l'instance sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale la concernant, la cour d'appel a violé les articles 1115 du nouveau Code de procédure civile, 373-2-8 et 373-2-11 du Code civil ;

2° que seul peut représenter le mineur dans une procédure le concernant, lorsque les intérêts du mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, un mandataire ad hoc désigné par le juge des tutelles, conformément à l'article 388-2 du Code civil ; qu'en

reconnaissant à l'avocat d'Emeline le pouvoir de représenter celle-ci dans l'instance relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale la concernant, bien que cet avocat ait été désigné par le bâtonnier de son ordre, et non par le juge, la cour d'appel a violé l'article 388-2 du Code civil ;

3° que lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend en considération les sentiments exprimés par le mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil ; que, selon ce texte, même s'il peut être accompagné par un avocat, seul le mineur lui-même peut être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet ; qu'en statuant au vu des sentiments prétendument exprimés par l'enfant tels qu'ils lui ont été rapportés par son avocat, désigné par le bâtonnier de son ordre, sans entendre elle-même l'enfant ou le faire entendre par une personne désignée par elle à cet effet, la cour d'appel a violé les articles 373-2-11 et 388-1 du Code civil ;

4° que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en fondant sa décision sur les propos attribués à Emeline tel qu'exprimés à l'audience par son avocat, qui n'en a pas fait de communication écrite préalable, et sans qu'il résulte ni des énonciations de l'arrêt attaqué, ni des pièces de la procédure, que le juge ait invité les parties, M. X... et Mme Y..., à en débattre, la cour d'appel a violé le principe du contradictoire et l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que M. X... a exercé son droit de visite et d'hébergement de l'enfant au sens de l'article 373-2 du Code de procédure civile le 26 janvier 1990, et de son droit à être entendu dans toute procédure le concernant consacré par l'article 12-2 du même traité, que la cour d'appel, sans lui accorder la qualité de partie à la procédure et sans confier ses intérêts à un administrateur ad hoc, l'administration des biens du mineur n'étant pas en cause, a pris l'initiative de lui faire désigner un avocat afin de recueillir ses sentiments et d'en faire état lors de l'audience, étant relevé que la juridiction saisie a toujours, en tout état de la procédure, la possibilité de procéder à l'audition personnelle de l'enfant, soit à sa demande, soit si les circonstances rendent cette mesure utile ou nécessaire ; qu'elle a ainsi fait une exacte application des textes précités ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que M. X... fait encore grief à l'arrêt d'avoir maintenu chez Mme Y... la résidence de l'enfant, alors, selon le moyen :

1° que le juge qui se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ne doit prendre en considération les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes sociales qu'à condition qu'ils soient toujours pertinents au jour où il statue ; que M. X... avait souligné, dans ses conclusions d'appel, son changement de résidence à la suite de l'enquête sociale et le fait qu'il ne résidait désormais plus chez ses parents ; qu'en s'appropriant les réflexions de l'enquêteur social sur les risques d'aggravation du conflit parental en cas de fixation de la résidence chez le père, émises quand celui-ci était domicilié chez ses propres parents, sans rechercher si, en raison du

changement de résidence de M. X..., ce risque n'avait pas disparu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 373-2-11 et 373-2-9 du Code civil ;

2° que le juge qui se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale doit prendre en considération l'aptitude de chacun des parents à respecter les droits de l'autre ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme le lui demandait M. X... dans ses conclusions d'appel, l'aptitude de Mme Y... à respecter les droits du père, compte tenu de son opposition systématique au maintien de relations entre Emeline et son père, relevée notamment par le tribunal de grande instance de Nîmes dans son jugement du 23 avril 2001 ordonnant l'enquête sociale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 373-2-11 et 373-2, alinéa 2, du Code civil ;

Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la portée notamment des derniers éléments de preuve produits par les parties et sans avoir à les suivre dans le détail de leur argumentation, que la cour d'appel a, sans méconnaître les textes précités, maintenu la résidence de l'enfant chez sa mère, que le moyen ne saurait être accueilli ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi.

N° 03-17.912.

Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h55 par Xavier Tuffigo  
(identifiant : 11724 :: email : xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp : sapincorporate)

## 29 Colloque « Enfance et justice ». Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires

Par Adeline GOUTTENOIRE,

Professeur à la faculté de droit de Grenoble, directrice adjointe du centre de droit de la famille de Lyon

Traduction procédurale du droit de l'enfant d'être associé aux décisions qui le concernent, les modes de participation du mineur aux procédures judiciaires sont d'une intensité variable selon le poids que sa volonté revêt dans le contexte judiciaire.

1 - L'évolution contemporaine des droits de l'enfant notamment sur le plan international et européen a mis en lumière l'idée que l'enfant ne peut subir les décisions des adultes le concernant, fussent-ils ses parents ou un juge, sans être au moins consulté. Les différentes sources contemporaines des droits de l'enfant consacrent ce qu'on peut qualifier de droit de l'enfant à participer aux décisions qui le concernent.

2 - La Convention internationale des droits de l'enfant, désormais d'applicabilité directe en France même aux yeux de la Cour de cassation<sup>1</sup>, au moins pour ses dispositions *self executing*, contient dans son article 12 le droit de l'enfant 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. L'alinéa 2 de cet article dispose, qu'à 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'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

3 - La Convention de la Haye du 25 octobre 1980 relative aux enlèvements d'enfant organise également la participation de l'enfant au processus judiciaire en faisant du refus de ce dernier de retourner dans son pays d'origine un motif pour le juge de ne pas ordonner son retour, qui est de principe après un enlèvement illicite<sup>2</sup>.

4 - Le droit européen a également fait de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent, particulièrement lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre judiciaire, un élément non négligeable du processus décisionnel. De manière générale, la Cour européenne des droits de l'homme accorde en effet à la parole de l'enfant un poids certain, sous réserve que celle-ci soit exprimée dans des conditions sereines<sup>3</sup>. Plus précisément, les dispositions conventionnelles européennes concernant les droits de l'enfant insistent sur la nécessité d'associer l'enfant aux débats dont il est l'objet. Il en va ainsi de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant de 1996, émanant du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2000, de même que de la plus récente Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas en reste puisque dans son article 24 elle consacre, de manière générale, la possibilité pour les enfants d'exprimer librement leur opinion<sup>4</sup>.

5 - La participation de l'enfant aux décisions qui le concernent a également trouvé sa place dans le droit interne notamment dans les textes les plus récents. L'article 371 du Code civil dispose depuis la loi du 4 mars 2002 que les parents doivent associer l'enfant aux décisions le concernant selon son âge et son degré de

maturité. La difficulté consiste à savoir quelle sanction cette obligation pourrait recevoir : l'éventuel conflit entre les parents et l'enfant ne relève semble-t-il pas de la compétence du juge aux affaires familiales et il peut relever du juge des enfants seulement s'il place ce dernier dans une situation de danger.

6 - Peuvent être évidemment rangées dans la catégorie des règles qui permettent la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent, les différentes dispositions qui prévoient son audition ou/et son consentement. Celles-ci ne sont pas cantonnées au droit processuel ; le droit médical impose en principe la recherche du consentement du patient mineur et lui accorde même dans certains cas un réel pouvoir de décision, négatif, à travers un droit de veto ou positif à travers la reconnaissance d'une capacité spéciale de consentir à l'acte<sup>5</sup>. Il faut enfin évoquer les textes relatifs à l'administrateur *ad hoc*<sup>6</sup> qui en matière judiciaire ou extra judiciaire permet à l'enfant d'être présent dans les débats par l'intermédiaire d'un représentant spécial chargé de défendre spécifiquement ses intérêts lorsqu'ils sont en opposition avec ceux de ses parents<sup>7</sup>.

7 - Les manifestations du droit de l'enfant de participer aux décisions qui le concernent se révèlent ainsi diversifiées dans leur source comme dans leurs modalités. Cette étude vise à opérer une présentation générale des différentes formes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires, dans un ordre croissant en fonction de l'intensité de cette participation à la procédure qu'elles permettent.

### I. - L'AUDITION DU MINEUR

8 - L'audition du mineur constitue la forme minimaliste de la participation de l'enfant à la procédure qui le concerne. Elle s'inscrit en principe dans le cadre de procédures dans lesquelles le mineur n'est pas partie, ses droits subjectifs n'étant pas mis en cause dans la procédure. L'audition de l'enfant présente un intérêt seulement lorsque la décision se fonde non pas sur des éléments objectifs tels que la vérité biologique dans le cadre des actions relatives à la filiation, mais sur des éléments plus subjectifs tels que l'intérêt de l'enfant. Elle a pour objet de permettre à l'enfant de donner son avis et non pas de le faire témoigner de manière objective. Le but est de permettre à l'enfant d'exprimer ses sentiments et non pas de connaître par sa voix la réalité de la situation familiale.

9 - L'audition s'inscrit essentiellement dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale, qui concernent le mineur en fait mais pas en droit. Si ses droits subjectifs ne sont pas mis en œuvre, l'issue de la procédure a en effet un impact évident sur son mode de vie. Privé d'intérêt pour agir, le mineur peut cependant exprimer un avis sur sa propre situation, laquelle est l'objet de la procédure. Prévue par la plupart des conventions relatives aux droits de l'enfant (Convention internationale des droits de l'enfant, Convention du Conseil de l'Europe sur l'exercice des droits de l'enfant mais aussi Règlement Bruxelles II bis) et par l'article 388

Nôlr : Colloque « Enfance et justice » organisé par le Centre de droit de la famille de Lyon le 25 novembre 2005.

1. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, n° 891 FS-P+B+R+I ; Juris-Data n° 2005-028424 ; Dr. famille 2005, comm. 156, obs. A. Gouttenoire, - F. Boulanger, *Applicabilité directe de la Convention de New York et intérêt supérieur de l'enfant* : D. 2006, p. 554.
2. A. Gouttenoire, *La parole de l'enfant enlevé*, in H. Fulchiron (ss dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* : Bruylant, 2004, p. 349.
3. CEDH, 23 sept. 2003, n° 36141/97, *Sophia Gudrum Hansen c/ Turquie*.
4. F. Picot, F. Burgorgue-Larsen (ss dir.), *Commentaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Art. 24, *Le droit de l'enfant à être entendu* : D. 2006, p. 1724 :: email : xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp : sapincorporate

5. D. Duval-Arnauld et M. Duval-Arnauld, *Droit et santé de l'enfant* : Masson, 2002.
6. C. civ., art. 388-2 et 389-3.

7. A. Gouttenoire, *Rég. proc. civ. Dalloz*, v° Mineurs, n° 160 et s.

du Code civil, l'audition est expressément ou implicitement subordonnée au discernement de l'enfant, dans la mesure où l'article 388-1 prévoit la manière dont ce discernement est recherché.

Document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique.  
Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant 111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdo:sapincorporate)

10 - L'audition de l'enfant en justice n'est rendue systématiquement par aucun texte ; toutefois son caractère obligatoire pour le juge, lorsqu'elle est sollicitée par l'enfant, varie selon les sources : l'article 388-1 du Code civil laisse au juge le pouvoir de refuser d'entendre l'enfant, à condition qu'il motive sa décision, laquelle ne peut cependant faire l'objet d'aucun recours. La Cour de cassation a d'ores et déjà affirmé dans l'arrêt du 18 mai 2005<sup>8</sup>, que la demande d'audition de l'enfant ne doit pas rester sans réponse. En déclarant l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant d'applicabilité directe, la Haute cour permet au justiciable de fonder sa demande d'audition sur ce texte plus favorable à l'audition que ne l'est l'article 388-1 du Code civil. Les exigences de la convention internationale en matière d'audition de l'enfant sont en effet plus grandes que celles du droit français puisque l'article 12-2 impose aux États de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure le concernant, selon des modalités prévues par la législation nationale. L'enfant est ainsi titulaire, au regard des dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant, d'un véritable droit d'être entendu lorsqu'il le souhaite - comme l'affirme d'ailleurs la Cour de cassation dans l'arrêt du 18 mai 2005 - alors que le texte français ne lui accorde que le droit de solliciter son audition, qui peut être refusée par le juge. L'article 388-1 pourrait ainsi être supplanté par l'article 12-2 de la Convention internationale désormais susceptible d'être invoqué par un enfant à l'encontre du refus du juge d'accéder à sa demande d'audition. Le projet de réforme de la protection de l'enfance déposé à l'Assemblée nationale le 3 mai 2006 par le ministre de la Santé et de la Solidarité, par souci de mettre le droit français en conformité avec le droit international et européen, prévoit cependant de consacrer un véritable droit de l'enfant d'être entendu lorsqu'il le demande en supprimant le pouvoir du juge de refuser l'audition dans cette hypothèse.

11 - Le règlement communautaire du 27 novembre 2003 n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale<sup>9</sup> va également plus loin que le droit interne dans la reconnaissance d'un droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires le concernant. Il subordonne en effet la force exécutoire dans les pays de l'Union d'une décision rendue dans un État membre à la possibilité qui a été donnée à l'enfant d'être entendu au cours de la procédure « à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité »<sup>10</sup>. Ce dispositif, fruit d'un compromis entre les pays de l'Union européenne qui souhaitaient subordonner la force exécutoire de la décision à l'audition du mineur et ceux qui considéraient qu'une telle condition était excessive, s'il exclut l'audition automatique du mineur, lui accorde indirectement mais incontestablement le droit d'être entendu s'il le souhaite et impose même sans doute aux autorités compétentes de proposer à l'enfant d'être entendu. Il est remarquable, parce qu'exceptionnel, que le mécanisme soit assorti d'une sanction, la décision prise sans que l'enfant n'ait eu la possibilité d'être entendu étant en effet susceptible de ne pas être reconnue<sup>11</sup>.

12 - Certains textes internes, plus spécifiques, imposent au juge d'entendre l'enfant avant de rendre sa décision. Il en va ainsi dans le cadre de l'assistance éducative<sup>12</sup> ; par ailleurs, selon l'article 477 du Code civil le juge doit entendre le mineur avant de l'émanciper. Même s'il ne s'agit pas d'une procédure judiciaire, il n'est pas sans intérêt de préciser que la loi n° 98-381 a inséré, dans l'article 411 du Code civil, l'obligation pour le juge des tutelles d'entendre préalablement à la réunion du Conseil de famille, le mineur

II. - LE DROIT DE VETO

13 - Il faut entendre par droit de veto le mécanisme selon lequel la décision est subordonnée à l'absence de refus de l'enfant ; dans une telle hypothèse, l'opposition de l'enfant interdit que la décision soit prise ; elle peut en revanche être rendue si l'enfant acquiesce ou n'exprime rien. La Convention de la Haye du 25 octobre 1980, relative aux enlèvements internationaux d'enfant, accorde ainsi à celui-ci un véritable droit de veto en permettant à l'autorité administrative ou judiciaire compétente pour ordonner son retour, de ne pas prendre cette décision lorsque l'enfant refuse de retourner dans son pays d'origine<sup>13</sup>. La Cour de cassation semble cependant faire une interprétation restrictive de cette disposition en considérant que la seule opposition de l'enfant ne peut justifier le rejet de la demande de retour<sup>14</sup>, semblant opérer un contrôle sur les motivations avancées par l'enfant pour justifier son refus de retourner dans le pays de sa résidence habituelle.

14 - Un tel droit de veto est également accordé à l'enfant en droit français dans le cadre d'un prélèvement de moelle osseuse<sup>15</sup>. Ce mécanisme ne conduit pas à imposer l'audition de l'enfant, ni à suivre son avis lorsqu'il est positif, mais seulement à ne pas lui imposer une décision qu'il rejette.

III. - LE CONSENTEMENT DU MINEUR

15 - Forme plus intense de la participation de l'enfant au processus de décision, le consentement fait de l'enfant un acteur à part entière de la procédure puisque la décision ne peut être prise sans qu'il y adhère formellement. Plus encore qu'une audition, qu'il implique cependant, le consentement du mineur garantit sa participation à la procédure. Cette exigence de consentement doit se distinguer de la recherche de l'adhésion du mineur à la décision envisagée, présente dans le cadre de l'assistance éducative ou encore en matière médicale où le consentement de l'enfant doit être recherché mais pas exigé<sup>16</sup>. Le consentement de l'enfant est rarement exigé dans le cadre des procédures judiciaires ; il ne concerne en réalité que des hypothèses ponctuelles : le changement de nom et de prénom<sup>17</sup>, l'adoption<sup>18</sup>, et uniquement lorsqu'il s'agit d'enfant de plus de treize ans. Le consentement de l'enfant s'inscrit dans le cadre de procédures dans lesquelles l'enfant n'a ni qualité ni capacité pour agir. Qu'il s'agisse du nom ou de l'adoption, les procédures dans lesquelles le consentement du mineur est exigé mettent en effet en œuvre des droits parentaux et non des droits subjectifs de l'enfant. Toutefois, à la différence de l'audition dont l'objectif est de connaître l'avis de l'enfant sur la réalité factuelle de sa situation, le consentement implique une prise de position à propos d'une décision relative à sa situation juridique, l'adoption comme le changement de nom modifiant son état civil.

IV. - LA REPRÉSENTATION AD HOC DES INTÉRÊTS DE L'ENFANT

16 - L'administrateur *ad hoc*, chargé de représenter les intérêts de l'enfant dans toutes procédures le concernant, intervient dans le cadre de la procédure civile lorsque les intérêts de ce dernier sont en opposition avec ceux de ses représentants légaux<sup>19</sup> et dans le cadre de la procédure pénale<sup>20</sup> lorsque la protection de l'enfant

8 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, *préc.*, note (1) ;  
9 Cons. UE, *règl.* n° 2201/2003, 27 nov. 2003, dit « Bruxelles II bis », - A. Bigot, *Le nouveau règlement communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale*, Dr. famille 2004, *chron.* n° 8.  
10 H. Gaudement-Tallon, *La compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions concernant les enfants au sein de l'Union européenne*, in J.-J. Jacques-Lemouland (ss dir.), *La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux. Questions d'actualité*, LexisNexis Litec, 2004. Le règlement n° 1347/2000 dit « Bruxelles II » prévoyait déjà qu'un État pouvait refuser de reconnaître une décision concernant un enfant lorsque celui-ci n'avait pas pu être entendu alors qu'il aurait dû l'être compte tenu de son âge et de maturité.  
11 A. Gouttenoire, *L'audition de l'enfant dans le règlement de Bruxelles II bis*, p. 201, in H. Fulchiron et C. Nourissat (ss dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2004, *ss. dir.* par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdo:sapincorporate)

13 A. Gouttenoire, *La parole de l'enfant enlevé*, in H. Fulchiron (ss dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières* : Bruylant, 2004, p. 348 et s.  
14 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 févr. 2006, n° 05-14.646, n° 282 F-P+B : D. 2006, p. 672 ; la cour d'appel retient que les éléments de fait invoqués par les enfants pour s'opposer à leur retour au Canada, lieu de résidence de leur père ne sont manifestement plus actuels et ne peuvent caractériser un danger futur de nature à les placer dans une situation intolérable lorsqu'ils sont sous la responsabilité paternelle.  
15 C. santé publ., art. 1231-3, al. 5 : « Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement ».  
16 D. et M. Duval-Arnauld, *op. cit.* note (5), n° 28.  
17 C. civ., art. 61-3 et 60, al. 2.  
18 C. civ., art. 345, al. 3.  
19 C. civ., art. 388-2.  
20 NCPC, art. 706-50. La Cour de cassation a récemment admis cependant qu'un juge des tutelles puisse désigner sur le fondement de l'article 388-2 du Code de procédure pénale un administrateur *ad hoc* pour représenter l'enfant dans le cadre d'une procédure pénale : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 oct. 2005, n° 03-14.404, 1394

que devraient assurer ses parents est insuffisante. L'administrateur *ad hoc* est en principe chargé de représenter l'enfant dans les procédures dans lesquelles celui-ci est partie, pour interdire la qualité pour agir, mais sans avoir la capacité d'agir lui-même : c'est le cas du mineur victime d'une infraction pénale, c'est le cas également sans doute du mineur sans discernement objet d'une procédure d'assistance éducative que le décret du 15 mars 2002 a rendu incapable d'exercer lui-même ses droits procéduraux<sup>21</sup>.

17 - La Cour de cassation a plus largement admis que l'administrateur *ad hoc* puisse intervenir pour représenter l'enfant concerné par une procédure relative à l'autorité parentale<sup>22</sup>, même si ce dernier n'est pas partie à cette procédure. Si cette jurisprudence va dans le sens d'une plus grande association du mineur aux procédures relatives à l'autorité parentale, elle suscite des interrogations quant aux pouvoirs et au rôle de l'administrateur *ad hoc* dans de telles circonstances. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, l'administrateur *ad hoc* intervient également de manière systématique aux côtés de l'enfant étranger isolé<sup>23</sup> ; la deuxième hypothèse de désignation automatique d'un administrateur *ad hoc* pour l'enfant a été supprimée avec l'action en désaveu par la réforme de la filiation du 4 juillet 2005<sup>24</sup>.

18 - On peut se demander si le recours à l'administrateur *ad hoc* pourrait permettre au mineur de prendre l'initiative d'intenter lui-même une procédure pour laquelle il a intérêt pour agir sans en avoir la capacité, par exemple une action en responsabilité ou une action en recherche ou en contestation de filiation ; le mineur pourrait-il saisir le juge des tutelles sur le fondement de l'article 388-2 pour lui demander de désigner un administrateur *ad hoc*, en arguant d'une opposition d'intérêt entre lui et ses représentants légaux, notamment parce que ceux-ci n'ont pas intérêt à ce que l'action soit intentée, par exemple parce qu'elle est intentée contre l'un d'entre eux ou un de leur proche ? L'administrateur *ad hoc* serait chargé, le cas échéant, par le juge des tutelles d'intenter l'action au nom de l'enfant. Aucune décision ne permet en l'état du droit positif de répondre à cette question. La réponse est délicate parce qu'au-delà de l'incapacité du mineur, l'initiative de celui-ci se heurte à l'autorité parentale, la désignation d'un administrateur *ad hoc* constituant une atteinte à celle-ci. Il n'est pas certain que le juge des tutelles admette une telle désignation, l'intervention de l'administrateur *ad hoc* ayant été plutôt envisagée par le législateur pour permettre à l'enfant de participer à une procédure dont l'initiative a été prise par quelqu'un d'autre que lui.

19 - L'intervention d'un représentant spécial du mineur, dont ce dernier peut solliciter lui-même la désignation, constitue tout de même un outil essentiel de l'autonomie procédurale du mineur et une des meilleures garanties de l'exercice de ses droits, alliant participation de l'enfant et protection. Il reste que le mineur est tenu de passer par un intermédiaire ce qui, parvenu à un certain degré de maturité, peut paraître inadapté.

### V. - L'ACTION PERSONNELLE DE L'ENFANT

20 - La possibilité pour l'enfant d'agir lui-même en justice est évidemment le mode de participation au processus judiciaire le plus complet. Il nécessite que l'enfant réunisse toutes les conditions de l'action en justice : intérêt, qualité et capacité pour agir. L'incapacité de principe du mineur dont l'objectif est de protéger l'enfant contre lui-même et contre ceux qui pourraient profiter de sa crédulité, est logiquement écartée lorsque les nécessités de la protection qui la fonde n'existent plus, soit que ses droits fondamentaux aient été atteints - il peut alors saisir la Cour européenne des droits de l'homme<sup>25</sup> - soit que confronté au danger il participe

à sa protection en saisissant le juge des enfants ou en exerçant des droits procéduraux dans le cadre de la procédure d'assistance éducative.

21 - Il faut ajouter à ces trois hypothèses de désignation automatique d'un administrateur *ad hoc* pour l'enfant, celle de la désignation par le juge des tutelles d'un administrateur *ad hoc* pour l'enfant étranger, qui se voit reconnaître la capacité d'intenter les actions relatives à leur situation particulière, dans certaines limites, d'âge ou d'autorisation. Ainsi la capacité du mineur étranger pour intenter une action relative à sa nationalité ne lui est reconnue qu'à compter de l'âge de seize ans, et le mineur salarié ne peut agir lui-même devant le conseil des prud'hommes qu'avec l'autorisation de ses parents ou de la juridiction<sup>27</sup>. Ces hypothèses de capacité sont fondées sur l'engagement contracté par le mineur : contrat de travail, mariage, ou/et sur le caractère personnel de l'acte en cause.

22 - La capacité procédurale du mineur est également reconnue lorsque celui-ci par son comportement délictueux peut constituer un danger pour lui-même et pour la société. Le mineur délinquant est en effet partie et capable dans les procédures pénales diligentées contre lui, sous réserve d'être doué de discernement<sup>28</sup>. On peut se demander si l'incapacité persistante du mineur victime même discernant n'est pas incongrue face à la capacité du mineur délinquant... L'incapacité protectrice du mineur a-t-elle encore lieu d'être lorsque le danger s'est réalisé alors qu'elle est écartée lorsque la menace d'un danger fonde l'ouverture d'une procédure d'assistance éducative ? Il paraît en outre difficile d'expliquer au mineur victime qu'il ne peut accéder au juge que par l'intermédiaire d'un représentant alors que le mineur délinquant a un accès direct au même juge.

23 - L'avocat d'enfant, susceptible d'intervenir dans le cadre des actions dans lesquelles l'enfant est partie et capable, mais aussi lorsque ce dernier n'est pas capable, aux côtés de ses parents ou de son administrateur *ad hoc*, constitue un acteur central pour la participation de l'enfant aux procédures judiciaires. Depuis une dizaine d'années, il joue également un rôle important lorsque le mineur, seulement concerné en fait par la procédure, est entendu. L'avocat d'enfant peut en effet accompagner l'enfant lors de son audition et les avocats spécialisés ont donné à son rôle toute sa spécificité ; il s'agit d'accompagner sans représenter, d'aider l'enfant à exprimer son avis sans parler à sa place.

24 - L'exercice par le mineur de son droit à participer aux procédures judiciaires, quelle soit la forme qu'il revêt, est par ailleurs subordonné à l'information du mineur concerné par la procédure à propos des droits procéduraux dont il est titulaire<sup>29</sup>. La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant affirme, dans son préambule, que les enfants doivent recevoir des informations pertinentes afin que leurs droits et leurs intérêts supérieurs puissent être promus. L'importance de l'information de l'enfant témoigne d'une approche globale de la participation de l'enfant à la procédure et d'une volonté réelle de lui donner les moyens d'une participation effective. La Convention précise que l'autorité judiciaire doit s'assurer que l'enfant a reçu toute information pertinente. Il semble cependant que ce droit à l'information de l'enfant n'a pas encore véritablement reçu en droit interne de consécration formelle.

25 - Il faut enfin noter que les différentes formes de participation du mineur aux procédures qui le concernent ne sont pas exclusives les unes des autres : l'enfant peut être entendu et représenté notamment lorsqu'il est victime d'une infraction pénale ; il peut se voir reconnaître le statut de partie, et la capacité d'exercer des droits procéduraux, tout en étant entendu comme dans le cadre de la procédure d'assistance éducative lorsqu'il est doué de discernement ; enfin, l'avocat et l'administrateur *ad hoc* peuvent conjuguer leurs efforts auprès du mineur victime ou objet d'une procédure d'assistance éducative.

26 - Derrière cette esquisse des différentes formes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires qui le concernent, apparaissent les contours d'un nouveau droit procédural de l'enfant : celui d'être associé au processus de décision qui le concerne. Droit intermédiaire entre la capacité et l'incapacité, entre l'autonomie et la soumission à l'autorité parentale, il permet

FS-P+B+R+I : Juris-Data n° 2005-030425 ; Dr. famille 2006, comm. 77, obs. A. Gouttenoire.  
21. A. Gouttenoire, La réforme imparfaite de l'assistance éducative ; Dr. famille 2002, étude 14.  
22. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 févr. 1999, n° 97-15.098, et 97-20.514 ; Bull. civ. 1999, I, n° 66 ; Dr. famille 1999, comm. 145, obs. A. Gouttenoire-Cornut. Pour une procédure de délégation de l'autorité parentale ; dans le même sens, CA Nîmes, 10 août 1993 ; Juris-Data 1993-030583.  
23. A. Gouttenoire, La protection de l'enfant par la loi du 4 mars 2002 ; Dr. famille 2002, chron. 27.  
24. Ord. n° 2005-759, 4 juill. 2005 ; JO 6 juill. 2005 p. 11159. - J. Hauser, Des filiations à la filiation : RJPF sept. 2005, p. 6. - P. Murat, La filiation simplifiée ; Dr. famille 2005, alerte 72. - T. Garé, La réforme de la filiation. À propos de l'ordonnance du 4 juillet 2005 ; JCP G 2005, ad. 444. - F. De Kraker-Defosse, Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! ; Dr. famille 2006, dossier spécial filiation en suppl. du n° 1.  
25. H. Sarré, Le juge des droits de l'homme ; Dr. fam. 2006, étude 30, infra.

26. A. Gouttenoire, Rép. proc. civ. Dalloz, V° Mineurs, n° 188 et s.  
27. Ibidem n° 208 et s.  
28. Ph. Bonfils, Les juridictions répressives pour mineurs ; Dr. fam. 2006, étude 35, infra.  
29. A. Gouttenoire, Dessine-moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant en Europe, in D. Gadin et F. Kernaléguen, Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen ; Bruylant 2006, n° 11724. :: email: xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

de concilier la protection de l'enfant avec le respect de sa personne et de sa volonté. Il permet surtout d'associer l'enfant à la définition de son propre intérêt, critère majeur de la plupart des procédures concernant les enfants. Ce document est strictement réservé aux étudiants du Centre de formation juridique. Document imprimé le 24/01/2011 à 11h57 par Xavier Tuffigo (identifiant:111724 :: email:xavier.tuffigo@wanadoo.fr :: mdp:sapincorporate)

dogmes toujours dangereux, on peut proposer des moyens de le déterminer et le droit de l'enfant d'être associé à sa définition est un, essentiel. Mots-les: Minorité Procédures Judiciaires - Modes de participation

CHAMBRE MIXTE  
Février 2001

Document n° 44

N° 1

**MINEUR. – Administration légale. – Administrateur légal. – Administrateur ad hoc. – Pouvoirs. – Limites.**

*L'administrateur ad hoc, désigné en application des articles 388-2 et 389-3, alinéa 2, du Code civil, ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente.*

*Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, retenant que l'article 374, alinéa 3, du Code civil ne mentionne pas l'enfant parmi les demandeurs habilités à obtenir une modification des conditions d'exercice de l'autorité parentale, a décidé que le mineur était irrecevable à former tierce opposition.*

9 février 2001.

Rejet.

Sur le moyen unique :

Attendu que Mlle Carole X... Y..., née le 15 février 1983, a été reconnue à sa naissance par M. X... et Mme Y... ; que, par arrêt du 12 septembre 1996, la cour d'appel de Paris, après audition de l'enfant, a confirmé une ordonnance du juge aux affaires familiales disant que l'autorité parentale serait exercée en commun par les deux parents avec résidence habituelle chez la mère et organisant le droit de visite et d'hébergement du père ; que, sur requête de la mineure, le juge des tutelles a, par ordonnance du 2 avril 1997 désigné le président du conseil de Paris, en qualité d'administrateur ad hoc afin de représenter Mlle Carole X... Y... en justice dans l'action ou les actions qu'elle devait engager ou défendre pour voir organiser le droit de visite et d'hébergement auprès de ses parents ; que cet administrateur ad hoc a formé tierce opposition contre l'arrêt du 12 septembre 1996 ;

Attendu que Mlle Carole X... Y..., représentée par le président du conseil de Paris, fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable la tierce opposition, alors, selon le moyen, que dès l'instant où les intérêts de la mineure sont en contradiction avec ceux de ses parents dont elle conteste les droits acquis en matière de droit de visite et d'hébergement, elle est recevable, avec l'assistance de l'administrateur ad hoc qui a été désigné

*pour « la représenter en justice dans l'action ou les actions qu'elle devra engager ou défendre pour voir organiser les droits de visites et d'hébergements auprès de ses parents », que n'étant pas dénié que les intérêts de Mlle Carole X... Y... étaient en contradiction avec ceux de ses parents et notamment avec ceux de son père dans la mesure où elle contestait l'arrêt confirmatif de la Cour de Paris du 12 septembre 1996 qui avait dit que l'autorité parentale serait exercée par les deux parents et avait étendu le droit de visite et d'hébergement du père, la mineure était recevable, avec le concours de l'administrateur ad hoc qui avait été désigné par le juge des tutelles en une décision ayant l'autorité de la chose jugée pour la « représenter » en justice pour toutes actions qu'elle devrait engager, à faire tierce opposition à la décision la concernant*

*rendue dans une instance au cours de laquelle elle avait été entendue mais devant laquelle elle n'avait pas été représentée, et que la cour d'appel n'a pu en décider autrement qu'en violation des articles 388-1, 388-2 et 374, alinéa 3, du Code civil et 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant signée à New York (décret du 26 janvier 1990) ;*

Mais attendu que l'administrateur ad hoc désigné en application des articles 388-2 et 389-3, alinéa 2, du Code civil ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente ; que dès lors, la cour d'appel, qui a retenu que l'article 374, alinéa 3, du Code civil ne mentionne pas l'enfant parmi les demandeurs habilités à obtenir une modification des conditions d'exercice de l'autorité parentale, a décidé, à bon droit, que la mineure était irrecevable à former tierce opposition ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.