

**Université Jean Moulin Lyon 3**

**Ecole doctorale : droit**

**La capacité de l'enfant dans les droits  
français, anglais et écossais**

par Laurence FRANCOZ-TERMINAL

Thèse de doctorat de droit

*Mention : droit de la famille*

sous la direction de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Katherine  
O'DONOVAN

soutenue le 12 octobre 2007

devant un jury composé de :

Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3

Katherine O'DONOVAN, professeur au Queen Mary College (Londres)

Jacqueline FLAUSS-DIEM, professeur à l'université de Picardie

Frédérique FERRAND, professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3

Jacqueline POUSSON-PETIT, professeur à l'université Toulouse I

Petr MUZNY, professeur à l'université de Savoie

Yann FAVIER, maître de conférences HDR à l'université de Savoie



*L'université Jean Moulin Lyon 3 n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



Je tiens à remercier tout particulièrement Annie Simon pour sa relecture, Aude Morel pour m'avoir permis d'avoir un pied en Écosse à un moment crucial de la rédaction de ce travail et Samuel pour tout.



Pour Mélina et Adrien



## LISTE DES ABBRÉVIATIONS

AC :	Appeal Cases (Law Reports)
AJ fam :	Actualité juridique famille
All ER :	All England Reports
art. :	article
Bull. civ. :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
CFLQ :	Child and Family Law Quarterly
Ch. D ou Ch. :	Chancery division (Law Reports)
Comm. :	commentaire
D. :	Dunlop (Session cases) (Scotland)
D. :	Recueil Dalloz
De GM&G	De Gex, M'Naghten and Gordon Reports (Scotland)
Defrénois :	Répertoire du notariat Defrénois
DH :	Recueil hebdomadaire Dalloz (< 1941)
doctr. :	doctrine
DP :	Recueil périodique Dalloz (< 1941)
Dr. enf. fam. :	Droit, enfance et famille.
Dr. et patr. :	Revue Droit et Patrimoine
Dr. fam. :	Droit de la Famille
Dr. Ouvrier :	Droit ouvrier.
Dr. social :	Revue de droit social
EHRR :	European Human Rights Reports
ELJ :	European Law Journal
Exch.	Law Reports. Exchequer division
EWCA civ	EW Court of Appeal : Civil division
F. :	Fraser (Session cases) (Scotland)
Fam LJ :	Family Law Journal
Fam. Law :	Family Law
Fam. :	Family division (Law Reports)
Fasc. :	Fascicule
FCR :	Family Court Reports
FLR :	Family Law Reports
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
GWD :	Green's Weekly Digest (Scotland)
IFLJ :	International Family Law Journal
IR :	Informations Rapides
Ir. Rep. CL :	Irish Reports. <i>Common law</i> series
J.C.P. E :	Jurisclasseur périodique (édition entreprise)
J.C.P. G :	Jurisclasseur périodique (édition générale)
J.C.P. N :	Jurisclasseur périodique (édition notariale)
J-CI Procédure civile :	Jurisclasseur Procédure civile
JCL :	Journal of Child Law
JDJ :	Journal du droit des jeunes
JLSS :	Journal of the Law society of Scotland
JO :	Journal Officiel
JSWFL :	Journal of Social Welfare and Family Law
Jur. :	Jurisprudence
KB :	King's Bench division (Law Reports)
LJKB :	Law Journal Reports. King's Bench
LQR :	Law Quarterly Review
M. :	Macpherson (Session cases) (Scotland)
Med. LR :	Medical Law Review
MLR :	Modern Law Review

Mor. :	Morison's Dictionary of Decisions (Scotland)
NLJ :	New Law Journal
Obs. :	observation
OJLS :	Oxford Journal of Legal Studies
<i>op. cit.</i> :	<i>opus citatum</i>
pan. :	panorama de jurisprudence
para. :	paragraphe
Petites affiches :	Les Petites affiches
préc. :	précité
QB ou QBD :	Queen's Bench division (Law Reports)
R. :	Rettie (Session cases)(Scotland)
RAJS-JDJ :	Revue de l'actualité juridique et sociale – Journal du droit des jeunes
RDSS :	Revue de droit sanitaire et social
Rec. CE :	Recueil des décisions du Conseil d'État
Rép. civ. :	Répertoire de droit civil
Rép. pén. :	Répertoire de droit pénal
Rép. pr. civ. :	Répertoire de procédure civile
Resp. civ et ass. :	Responsabilité civile et assurance
RIDC :	Revue internationale de droit comparé
RJPF :	Revue juridique Personnes et Famille
RRJ :	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RTDCiv. :	Revue Trimestrielle de droit civil
RTDSS :	Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social
S. :	Recueil Sirey
S. :	Shaw (Session cases) (Scotland)
S.C. :	Session Cases (Scotland)
SCLR :	Scottish Civil Law Reports
SJ :	Solicitor's Journal
SLT :	Scottish Law Time
somm. :	sommaire
somm. com. :	sommaire commenté
WLR :	Weekly Law Reports

# SOMMAIRE

<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>XI</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE : LA PLACE DU MINEUR DANS LA RÉALISATION D'ACTES JURIDIQUES EXTRA- JUDICIAIRES</b> .....	<b>13</b>
TITRE I. LES MÉCANISMES PALLIANT L'INCAPACITÉ DU MINEUR .....	15
<i>Chapitre 1. Le régime de l'action pour le compte de l'enfant</i> .....	17
<i>Chapitre 2. Le régime d'assistance et d'autorisation</i> .....	89
<i>Conclusion du Titre I</i> .....	149
TITRE II. LA CAPACITÉ ACCORDÉE PAR LE DROIT AU MINEUR.....	155
<i>Chapitre 1. La capacité d'action du mineur</i> .....	157
<i>Chapitre 2. La protection du mineur capable</i> .....	211
<i>Conclusion du Titre II</i> .....	243
<b>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE</b> .....	<b>249</b>
<b>DEUXIÈME PARTIE : LA CAPACITÉ DE L'ENFANT DANS LES PROCÉDURES JUDICIAIRES</b> .....	<b>251</b>
TITRE I. LE MINEUR CONCERNÉ PAR LA PROCÉDURE.....	253
<i>Chapitre 1. Le recueil des souhaits et des sentiments de l'enfant</i> .....	255
<i>Chapitre 2. La recherche de l'intérêt de l'enfant</i> .....	303
<i>Conclusion du Titre I</i> .....	383
TITRE II. LE MINEUR PARTIE À LA PROCÉDURE .....	399
<i>Chapitre 1. Le mineur partie représentée à la procédure</i> .....	401
<i>Chapitre 2. Le mineur partie autonome à la procédure</i> .....	467
<i>Conclusion du Titre II</i> .....	527
<b>CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE</b> .....	<b>547</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	<b>551</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>559</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE</b> .....	<b>595</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....	<b>601</b>



## INTRODUCTION

« *Que le législateur n'abuse pas des barrières de l'âge légal et ne fige pas la pyramide des âges, avec ses conflits de génération, en institution juridique. Les mœurs se chargent naturellement de distribuer à chaque âge sa fleur. Lorsque les sociologues et les démographes nous disent l'âge moyen au mariage, le temps statistique des maternités, des divorces, des testaments, ils nous laissent l'espoir qu'il y aura toujours des excentriques pour choisir -hors saison- au gré de leur caprice, les actes juridiques d'un autre âge* »  
G. Cornu, « L'âge civil », *Mélanges Paul Roubier* 1961, t. 2, p. 36.

1. La volonté qui a guidé l'étude de la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais est celle « *d'ouvrir des portes* », car telle est la vocation du comparatiste <sup>1</sup>. La comparaison juridique peut certes avoir d'autres buts, tels qu'harmoniser, inspirer..., néanmoins il s'est agit avant tout, de mettre en lumière d'autres manières d'envisager la minorité et de l'organiser.

2. Il apparaît bien souvent que la recherche comparative naisse d'un sentiment d'insatisfaction. L'examen de la condition juridique du mineur laisse ainsi au juriste une impression contrastée. Le traitement juridique de l'incapacité du mineur est délicat car par nature l'incapacité n'est que temporaire, et elle ne sanctionne pas toujours une incapacité naturelle à agir. L'incapacité juridique qui frappe le mineur mature est alors d'autant plus injustement ressentie qu'elle revêt un caractère « *arbitraire* » <sup>2</sup> : avec quelques mois, ou quelques années de plus, sa condition devient radicalement différente. Le droit des incapacités est ainsi une matière technique qui ne peut s'affranchir ni de nuances ni d'humanité. Comme tente de le montrer cette étude en droit comparé, la recherche d'un équilibre entre capacité et protection est un exercice difficile, quelle que soit la tradition juridique dans laquelle elle s'inscrit.

3. L'insatisfaction qu'il tire de l'examen de son droit, conduit naturellement le comparatiste à se tourner vers des systèmes dans lesquels il espère, parfois à tort trouver des remèdes ou des solutions <sup>3</sup>. Comme d'autres questions d'état des personnes et de droit familial, le traitement juridique de la condition du mineur, doit être examiné à la lumière de l'histoire juridique d'un système, car il est le fruit

---

<sup>1</sup> « *Le comparatiste a pour vocation d'ouvrir des portes* », J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, Kluwer et E. Story-Scientia 1995, p. 422.

<sup>2</sup> Comme le fait remarquer le doyen Carbonnier l'incapacité du jeune de dix-sept ans « *traduit une décision plus ou moins arbitraire de la loi qui a pris en compte la moyenne d'âge à laquelle s'acquiert l'expérience des 'actes de la vie civile'* », J. Carbonnier, *Droit civil 1/ Les personnes. Personnalité, incapacité, personnes morales*, Coll. Thémis droit privé, PUF, 17<sup>e</sup> éd. refondue 2000, p. 181.

<sup>3</sup> « *A beau mentir qui vient de loin...* » J. Carbonnier, I, PUF, 27<sup>e</sup> éd. refondue 2002, n° 31, p. 79.

d'une tradition juridique propre. Pour un juriste français, la recherche d'exemples offrant une approche différente de la minorité dans des systèmes juridiques qui tirent leurs racines directement du droit romain nous a d'abord semblée limitée. Aussi, la tentation a été grande de nous tourner vers une autre famille de droit, la *common law*, afin d'examiner par quels mécanismes ses systèmes organisaient l'accès de l'enfant au droit. Le choix d'une étude comparative entre le droit français et le droit anglais s'est alors naturellement imposé. Néanmoins, la comparaison de deux systèmes juridiques complètement différents, un système de droit civil, le système français, et un système de *common law*, le système anglais, ne nous est pas apparue pleinement satisfaisante. Pour que la comparaison ne se résume pas à une exposition en parallèle de deux mécanismes fondamentalement différents, un liant est nécessaire à la prise du tout.

Le droit écossais est à l'origine un système de droit civil qui s'est modifié au contact de la *common law* ; néanmoins pour certains juristes sa romanité apparaît avec davantage d'ampleur que dans tout autre système juridique <sup>1</sup>. Ainsi, par exemple jusqu'en 1991, date à laquelle le régime de minorité fut modifié dans son intégralité par l'entrée en vigueur du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, le droit écossais organisait encore la minorité en deux périodes, *tutary* et *curatory*, la seconde succédant à la première automatiquement à l'âge de douze ans pour les filles et quatorze ans pour les garçons <sup>2</sup>. Ainsi, à compter de ces âges, un système de curatelle prenait automatiquement le relais du système de représentation jusqu'alors applicable. Cette gradation de la capacité de l'enfant en raison de son avancée en âge n'est pas sans nous rappeler l'organisation de la minorité en droit romain dont Stair, un des pères du droit écossais, s'est directement inspiré <sup>3</sup>. En vertu des dispositions du Traité d'Union de 1707, il avait été convenu que le régime de droit privé jusqu'alors en vigueur sur le territoire écossais continuerait de s'appliquer et que celui-ci ne serait modifié qu'à son avantage <sup>4</sup>. Ainsi, jusqu'au référendum du 11 septembre 1997, qui a redonné à l'Écosse son autonomie, et à la réouverture de son Parlement le 12 mai 1999, le droit écossais a continué d'exister

---

<sup>1</sup> Voir notamment R.C. Henderson dans sa note introductive au livre de S. G. Kermack, *The law of Scotland. Source and juridical organisation*, Travaux de l'Académie internationale de droit comparé Série I fasc. 2, Librairie du Recueil Sirey 1933.

<sup>2</sup> Erskine, *Institute*, I,7,1.

<sup>3</sup> Stair, *Institution*, I,5,2. L'auteur tire cette distinction directement des écrits d'Aristote et de Grotius auxquels il fait référence.

<sup>4</sup> « *Scotland was to retain her system of private law unaltered, except where alteration would be of her own benefit...* », S. G. Kermack, *The law of Scotland. Source and juridical organisation*, Travaux de l'Académie internationale de droit comparé Série I fasc. 2, Librairie du Recueil Sirey 1933, p. 12.

et d'évoluer dans la sphère qui lui était dévolue, et notamment en droit de la famille et en droit des incapacités. Aussi, l'étude du droit écossais, qui est un exemple de réception réussie des principes juridiques de droit romain et de *common law* dans un système de droit coutumier et féodal<sup>1</sup>, offrait la possibilité d'établir un pont entre le droit anglais et le droit français.

4. L'émergence des droits de l'enfant a suscité des interrogations dans le monde des adultes. Dans l'enthousiasme suscité par l'adoption de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, le 20 novembre 1989, par l'Assemblée générale des Nations Unies, droit et autonomie ont pu être confondus<sup>2</sup>. En effet, comme le fait remarquer Mme le professeur Fortin « *la limite entre le droit de faire ses propres choix et celui de participer au processus décisionnel n'apparaît pas toujours évidente dans le discours des personnes encourageant le Droit à prendre en compte l'aptitude de l'enfant à se faire sa propre opinion* »<sup>3</sup>. Une telle confusion conduit ainsi à assimiler droit et pouvoir, droit et capacité. Or, s'il est vrai que l'enfant dispose en tant que tel de droits spécifiques<sup>4</sup>, qui viennent s'ajouter à ceux dont il dispose déjà en tant que personne<sup>5</sup>, il nous faut constater qu'il n'a bien souvent pas la possibilité de les faire valoir. Le régime d'incapacité auquel il est soumis interdit bien souvent à l'enfant mature l'action directe, soit par manque de discernement, soit parce que le régime d'incapacité auquel il est soumis lui ferme le droit d'agir. Néanmoins, l'enfant a des droits, lesquels sont aujourd'hui affirmés avec force. Cette nouvelle donne nous conduit alors à envisager la condition juridique du mineur non sous l'angle de ses droits mais sous l'angle de son pouvoir d'action, « *ce qu'est précisément*

---

<sup>1</sup> Stair, dans ses *Institutions* a réalisé un travail de titan en faisant naître un système de droit cohérent partant des règles de droit coutumier existant en terre d'Écosse, qui étaient issues du droit romain, du droit canon et du droit féodal, ainsi que du droit romain et du droit naturel enseigné par ses contemporains. Stair, *The Institutions of the law of Scotland 1693*, Edited by D. M. Walker, The University Press of Edimbourg and Glasgow 1981. Voir sur cette œuvre magistrale, H. David, *Introduction à l'étude du droit écossais*, Paris L.G.D.J 1972 p. 328-344. Voir également K. Marshall, « The history and philosophy of children's rights in Scotland », A. Cleland et E. E. Sutherland ed., *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green and Sweet & Maxwell, Édimbourg 2001, pp. 11-16.

<sup>2</sup> Sur cette confusion voir plus particulièrement J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, pp. 19 et s.

<sup>3</sup> « *But those arguing that the law should provide greater recognition for children's decision-making abilities do not always make it entirely clear whether they are referring to children's rights to make choice of their own, or merely the right to participate in the decision-making process* », J. Fortin, *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>4</sup> Voir également en ce sens A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 13, p. 13.

<sup>5</sup> Mme le professeur Rubellin-Devichi avait déjà eu l'occasion de faire remarquer que « *parler des droits de l'enfant est souvent un abus de langage : l'enfant, qui a la personnalité juridique dès sa naissance, et même, sous certaines conditions, dès sa conception, a les mêmes droits que les adultes, sauf à rappeler que, pendant sa minorité, il ne peut les exercer* », J. Rubellin-Devichi, « Les droits de l'enfant et de la famille », *Sauv. Enf.* 1990, n° 2/3, p. 153.

*la capacité* »<sup>1</sup>. La mise en évidence en droit français d'un droit de l'enfance<sup>2</sup>, à l'instar des législations anglaise et écossaise passe par l'étude de la minorité tant pour ce qui relève du droit de la famille que pour ce qui relève du droit des incapacités. En effet il a toujours été admis que « *dans une mesure limitée, mais moins négligeable qu'on l'affirme parfois, les mineurs non émancipés ont une activité juridique que l'on ne peut sans artifice rattacher aux pouvoirs des parents ou du représentant légal et qu'il faut bien dès lors, faire reposer sur une capacité propre* »<sup>3</sup>. Cette affirmation d'un juriste français trouve une résonance dans les droits anglais et écossais, qui ont à leur manière toujours ménagé une parcelle d'autonomie à l'enfant, notamment par exemple pour la réalisation d'acte de *necessaries* en droit anglais ou pour la réalisation par le *minor* d'actes relatifs à sa personne en droit écossais<sup>4</sup>. Aussi, notre étude s'est-elle recentrée autour de la notion de capacité juridique.

5. Si la capacité juridique qui est reconnue à chacun est dans une certaine mesure fonction de sa capacité naturelle<sup>5</sup>, il nous faut constater qu'à l'égard des mineurs, les deux ne coïncident pas nécessairement. Selon un auteur, la capacité naturelle peut être définie comme « *l'aptitude à comprendre la portée de ses actes* »<sup>6</sup> à laquelle s'ajoute la maturité suffisante « *pour prendre des décisions conformes à ses intérêts et aux règles de conduite en société* »<sup>7</sup>. En droit positif, l'adéquation entre la capacité naturelle et la capacité juridique est réalisée par l'effet que les différents systèmes étudiés font produire à la maturité ou au discernement de l'enfant. Dans certains cas la capacité d'exercice de l'enfant est conditionnée par l'exigence de son discernement, notamment quant à la mise en œuvre de ses droits procéduraux. Dans d'autres hypothèses, la nature de l'acte passé par le mineur agissant seul lui permet de le relever de son incapacité d'exercice. Ainsi, par exemple, le caractère usuel ou éminemment personnel d'un acte juridique autorisera une émancipation *ad hoc* de l'enfant pour sa réalisation.

---

<sup>1</sup> P. Malaurie et L. Aynes, *Les personnes, les incapacités*, coll. Droit civil, 2<sup>e</sup> éd. Defrénois 2005, n° 502, p. 208.

<sup>2</sup> Voir notamment la position du professeur Hauser qui affirme que s'il a été important de donner aux enfants des droits, le moment est peut-être venu aujourd'hui de leur donner un droit. J. Hauser, « Droits de l'enfant, état des lieux », *JDJ* octobre 2001, p. 15.

<sup>3</sup> J. Stoufflet, « L'activité juridique du mineur non émancipé », *Mélanges Voirin*, LGDJ 1967, p. 795.

<sup>4</sup> Voir *infra* n° 178.

<sup>5</sup> F. Bétaillolle-Gonthier, *La capacité naturelle*, thèse Bordeaux 4 1999, p. 16.

<sup>6</sup> F. Bétaillolle-Gonthier, *op. cit.*, p. 5.

<sup>7</sup> F. Bétaillolle-Gonthier, *op. cit.*, p. 224.

6. L'étude de la capacité de l'enfant vise à mettre en évidence le pouvoir d'action reconnu au mineur qu'elle qu'en soit la forme et le contexte dans lequel il trouve à s'exercer. Il faut distinguer non seulement la capacité du pouvoir mais également la capacité à agir en son nom et pour son compte de la capacité à agir pour le compte d'autrui <sup>1</sup>. Pour mieux la distinguer de la notion de capacité, la notion de pouvoir peut être envisagée de manière plus large pour inclure « *la possibilité pour une personne de faire des actes sur un bien (...) lequel peut être son propre bien (...) ou celui des autres* » <sup>2</sup>. Pouvoir et capacité doivent toutefois être réunis « *pour donner à une personne la pleine effectivité de ses actes* » <sup>3</sup>. En conséquence, l'étude de la capacité de l'enfant est celle du pouvoir qui lui est conféré d'agir en son nom sur ses propres biens <sup>4</sup>.

La notion de pouvoir apparaît au cœur de notre étude alors même que le droit anglais n'a pas mis en place à l'égard de l'enfant un régime spécifique d'incapacité au sens civiliste du terme. Avec le *Children Act 1989*, le droit anglais a créé un droit de l'enfance au champ d'application très vaste, qui rassemble le droit de la famille, le droit social et le droit procédural. Néanmoins, cette vision d'ensemble du statut d'enfant ne s'accompagne pas de la mise en place d'un véritable régime organisant sa condition juridique et sa capacité. Aussi, la capacité de l'enfant anglais résulte directement de ce que le législateur ou la jurisprudence lui a donné le pouvoir de faire, en analysant toujours au cas par cas et en fonction d'actes juridiques définis par la loi ou la jurisprudence mais sans réelle organisation d'ensemble de ce pouvoir d'action. À l'opposé, le droit écossais, qui lui aussi s'est doté d'un droit de l'enfance avec l'entrée en vigueur du *Children (Scotland) Act 1995*, a fait précéder cette réforme d'une refonte complète de son droit des incapacités tirée du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

L'étude de la capacité de l'enfant doit prendre en compte son pouvoir d'agir. Ou bien le mineur est juridiquement capable et il dispose du pouvoir d'agir directement, ou bien il est présumé incapable et ce pouvoir lui fait défaut. Dans le

---

<sup>1</sup> Sur cette distinction classique voir notamment G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil. Les personnes*, 3<sup>e</sup> éd. Sirey 1976, n° 504, p. 628 ; J. Carbonnier, *Droit civil 1/ Les personnes. Personnalité, incapacité, personnes morales*, Coll. Thémis Droit privé, PUF, 17<sup>e</sup> éd. refondue 2000, p. 186 ; P. Malaurie et L. Aynes, *Les personnes, les incapacités*, coll. Droit civil, 2<sup>e</sup> éd. Defrénois 2005, n° 512, p. 211-212.

<sup>2</sup> P. Malaurie et L. Aynes, *op. cit.*, n° 512, p. 211.

<sup>3</sup> P. Malaurie et L. Aynes, *op. cit.*, n° 512, p. 212.

<sup>4</sup> Par conséquent nous excluons du champ de notre étude celle du pouvoir qui pourrait être conféré au mineur en qualité de mandataire d'une personne capable, sur le fondement de l'article 1990 du Code civil.

premier cas, nous nous sommes attachée à mettre en évidence quand et dans quelles circonstances ce pouvoir d'action était conféré au mineur, et dans le second par quels mécanismes l'effectivité des droits qui lui sont reconnus a été garantie. Il apparaît ainsi de manière paradoxale que l'étude de la capacité de l'enfant passe par celle de son incapacité et des moyens d'y remédier, notamment par le jeu du mécanisme de la représentation.

7. L'étude de la capacité de l'enfant est, dans les trois systèmes étudiés, celle de la personne âgée de moins de dix-huit ans <sup>1</sup>. En droit français, les termes « mineur » et « enfant », peuvent être employés indifféremment sans que cela ne vienne altérer la compréhension du sujet. Ils sont synonymes, et comme l'a fait remarquer Mme le professeur Gouttenoire, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant utilise le terme d'enfant au sens de mineur <sup>2</sup>. Néanmoins, il est vrai qu'une nuance existe entre les deux notions dans la mesure où l'enfant est souvent envisagé par rapport aux autres membres de sa famille <sup>3</sup>, et le mineur toujours dans son individualité propre.

En droit écossais, le terme de *minor* a disparu des textes qui organisent son régime de capacité. En effet, ce terme renvoie expressément aux garçons de plus de quatorze ans et aux filles de plus de douze ans dans l'ancien système de *curatory*. Aussi, la réforme d'ensemble du droit des incapacités, opérée par le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, s'est-elle accompagnée d'une disparition de ce terme dans le texte de loi. Ce dernier ne désigne le mineur que par le vocable de « *personne* » <sup>4</sup> laquelle aura moins ou plus qu'un âge déterminé, en fonction de la capacité que le législateur a entendu lui conférer. Ainsi, « *la personne de moins de seize ans* » <sup>5</sup> ne dispose pas, sauf exception, de la capacité juridique. « *La personne de plus de seize ans* » <sup>6</sup> au contraire en est investie. L'utilisation du terme de « *personne*

---

<sup>1</sup> Art. 388 du Code civil, section 1 du *Family Law Reform Act 1969*, section 1 du *Age of Majority (Scotland) Act 1969*.

<sup>2</sup> A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures civiles*, thèse Lyon 3 1994, p. 8. En effet l'article 1<sup>er</sup> de la Convention dispose « *au sens de la présente convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ».

<sup>3</sup> Voir notamment G. Raymond, *Droit de l'enfance de la conception à la majorité*, Litec 1983, p. 6 ; J. Carbonnier, *Droit civil 2/ La famille, l'enfant, le couple*, Coll. Thémis droit privé, PUF 20<sup>e</sup> éd. 1999, p. 73.

<sup>4</sup> « *Person* », voir l'ensemble des dispositions du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> « *A person under the age of 16 years...* », section 1(1)(a) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>6</sup> « *A person of or over the age of 16 years...* », section 1(1)(b) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

évite de devoir renvoyer à la notion d'incapacité qui vient à l'esprit du juriste français à l'évocation du statut du mineur d'âge. Cela se justifie dans la mesure où le mineur écossais peut disposer d'une capacité juridique quasi identique à celle d'un majeur, en raison de la prémajorité instaurée de manière automatique à compter de l'âge de seize ans.

Le droit anglais ne connaît pas, au sens du droit civil français, de droit des incapacités appliqué au mineur, et d'une manière générale, il n'a que rarement recours à ce terme. Le terme « *child* », qui se traduit littéralement par « enfant »<sup>1</sup> est celui qui apparaît dans la jurisprudence et les textes législatifs actuels en droit anglais.

Même si le terme « enfant » présente l'avantage de ne pas trahir l'esprit de chacun des systèmes étudiés et de les réunir dans un titre il sera néanmoins davantage question, au cours de nos développements, du mineur que de l'enfant. Seule l'étude de la capacité de l'enfant dans les procédures judiciaires le concernant nous conduit à replacer l'enfant au sein de sa cellule familiale en tant que fils ou fille de. En effet, c'est à ce titre qu'il est consulté, pour faire entendre sa voix ou bien pour participer à la détermination de son intérêt. Ainsi, l'étude de la capacité conférée à l'enfant nous conduit à l'envisager dans son individualité et dans son autonomie. Si l'étude de la condition juridique du mineur apparaît indissociable de celle des pouvoirs conférés aux parents pour la protection de leur enfant<sup>2</sup>, tel n'est pas le cas de l'étude de sa capacité. Cela nous a conduits à écarter l'étude de l'autorité parentale en droit comparé<sup>3</sup>.

**8.** Cette recherche a dû se limiter au « *statut civil* »<sup>4</sup> de l'enfant. En effet, dans chacun des systèmes étudiés, le mineur répond personnellement de son infraction en vertu de dispositions spéciales<sup>5</sup>. La question de la capacité juridique du mineur délinquant ne présente aucune particularité notable car à la différence

---

<sup>1</sup> Robert & Collins. *Dictionnaire. Français-anglais. Anglais-français*, 2<sup>e</sup> éd. Paris, Dictionnaires Le Robert 1987.

<sup>2</sup> Voir notamment en ce sens J. Carbonnier, *Droit civil 2/ La famille, l'enfant, le couple*, Coll. Thémis droit privé, PUF 21<sup>e</sup> éd. refondue, 2002, p. 129.

<sup>3</sup> Sont ici assimilées à ce terme la notion de responsabilité parentale en droit anglais et celle des droits et devoirs parentaux en droit écossais.

<sup>4</sup> J. Carbonnier, *Droit civil 2/ La famille, l'enfant, le couple*, Coll. Thémis droit privé, PUF 21<sup>e</sup> éd. refondue, 2002, p. 129.

<sup>5</sup> En droit français notamment voir l'article 122-8 du Code pénal et les dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante. Pour le droit anglais voir le *Crime and Disorder Act 1998* et le *Police and Criminal Evidence Act 1984*. La situation du droit écossais quant au traitement de l'enfance délinquante est plus nuancée cependant, dans la mesure où lorsque l'enfant délinquant n'est pas renvoyé devant la juridiction spéciale qu'est le *Children's Hearing*, il répondra de ses faits devant les tribunaux de droit commun, voir notamment le *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*, sections 41 à 51.

du droit civil, il est davantage tenu compte de sa capacité naturelle <sup>1</sup>. En ce qui concerne le mineur victime d'infraction il n'acquiert pas, par cette seule qualité, une véritable capacité juridique. En effet, la protection de ses intérêts dans le cadre d'une procédure pénale est assurée par le biais de la représentation. En raison de la spécificité de la situation de l'enfant victime d'infractions commises par ses représentants, nous avons toutefois été conduite à envisager certains aspects de l'instance pénale dans le cadre de notre étude <sup>2</sup>. Pour des raisons identiques, les spécificités du droit anglais nous ont amené à présenter certains aspects des procédures qui opposent l'enfant aux services sociaux, et qui par conséquent sortent du cadre strict de la capacité de l'enfant dans les procédures civiles.

**9.** La technique de la comparaison permet d'envisager les trois systèmes étudiés dans leur point commun comme dans leurs spécificités. Au premier abord, cette entreprise nous conduit à organiser notre étude en fonction de critères qui peuvent apparaître propres au droit français. Néanmoins, ceux-ci trouvent une résonance dans les droits anglais et écossais, ce qui nous a permis de les regrouper sous un vocable français. Ainsi, la notion d'actes autorisés par l'usage ou encore celle d'actes éminemment personnels permet de réunir les trois systèmes. En revanche, certaines dispositions sont apparues irréconciliables. Aussi avons-nous préféré dans ce cas procéder à une étude en parallèle des spécificités de chacun des systèmes.

**10.** L'étude entreprise met en évidence deux points communs, et une difficulté majeure. D'abord, les trois systèmes étudiés reconnaissent la dépendance naturelle de l'enfant et son besoin de protection. Ainsi, comme l'avaient déjà fait remarquer avec justesse les professeurs Marty et Raynaud, toutes les législations organisent un régime de minorité <sup>3</sup>. Si la minorité ne coïncide pas nécessairement avec une incapacité, dans chacun des systèmes étudiés l'enfant a avant tout le droit d'être protégé. Par conséquent, sa protection l'emporte toujours, parfois au détriment du respect de la capacité à agir qui a pu lui être accordée par le droit dans un domaine déterminé. Ainsi, par exemple en matière de consentement médical, la capacité reconnue par chacun des systèmes à l'enfant nous apparaît

---

<sup>1</sup> L'existence de seuils d'âge en droit pénal français notamment est seulement un outil d'organisation judiciaire.

<sup>2</sup> Pour une étude exhaustive de la place du mineur dans le procès pénal voir A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994.

<sup>3</sup> G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil. Les personnes*, 3<sup>e</sup> éd. Sirey 1976, n° 512, p. 636.

tout à fait relative dans la mesure où ses choix ne sauraient le conduire à se mettre en danger. L'intervention des juges en ce domaine aura bien souvent des accents paternalistes. Comme l'a fait remarquer Lord Donaldson MR dans l'affaire *Re W*<sup>1</sup> « *il convient de donner du mou à la corde afin que l'adolescent puisse manœuvrer, mais pas suffisamment pour qu'il puisse se pendre* »<sup>2</sup>. L'interrogation lancée par le professeur Hauser « *échangerait droit contre protection ? Est-ce bien ce qu'on voulait ?* »<sup>3</sup>, doit à nos yeux être comprise en référence à la capacité de l'enfant. Échangerait capacité contre protection ? Certainement pas et c'est sans doute heureux. Néanmoins, ces deux notions peuvent être réunies dans le respect de la personne de l'enfant et de son statut civil. Si certains juges anglais ont pu se permettre de remettre en cause la capacité reconnue au mineur en matière de consentement médical dans un but de protection, nous ne pouvons nous empêcher de penser que leur intervention aurait pu se fonder sur d'autres notions telle que l'altération des facultés mentales de l'adolescent. Ce n'est pas aller trop loin que d'admettre qu'un individu doit être majeur pour imposer aux autres, parents, médecins, sa volonté de se laisser mourir.

11. Ainsi, l'incapacité lorsqu'elle s'applique au mineur est toujours une incapacité de protection<sup>4</sup>, qui se limite bien souvent à une incapacité d'exercice. Dans les trois systèmes étudiés, la protection de l'enfant passe, au moins pendant les premières années de son existence, par son exclusion de la sphère juridique. Ainsi, l'action pour le compte de l'enfant apparaît alors comme le mécanisme qui permet d'atteindre le plus efficacement l'objectif de sa protection. Ce pouvoir peut découler de la mise en œuvre d'un mécanisme de représentation. Il nous est cependant apparu qu'en droit anglais, l'action des parents pour le compte de leur enfant n'est pas le résultat de la mise en œuvre d'un mécanisme de représentation

---

<sup>1</sup> *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 64 ; [1992] 3 WLR 758 ; [1992] 4 All ER 627 ; [1992] 3 Med. LR 317 ; (1992) 142 NLJ 1124.

<sup>2</sup> Traduction, empruntée à Mme le professeur Flauss-Diem, de la métaphore de Lord Donaldson of Lymington MR « *good parenting involves giving minors as much rope as they can handle without an unacceptable risk that they will hang themselves* », *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1992] 3 WLR 770. Voir J. Flauss-Diem, « Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais », *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille. Liber amicorum*. LGDJ, Strasbourg 1994, p. 124.

<sup>3</sup> J. Hauser, « Des petits hommes ou des petits d'hommes ? », rapport de synthèse *L'enfant et les conventions internationales*, PUL 1996, p. 477.

<sup>4</sup> La doctrine est unanime sur ce point. Voir notamment pour le droit français J. Carbonnier, *Droit civil 1/Les personnes. Personnalité, incapacité, personnes morales*, coll. Thémis droit privé 17<sup>e</sup> éd. refondue 2000, p. 199. Pour le droit écossais voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 1.12, p. 7. Les auteurs font en effet référence à « *la fonction protectrice du droit* », « *the protective function of the law* ».

mais d'un pouvoir qui leur a été conféré par le droit *es* qualité. En leur qualité de parents, ils disposent du pouvoir d'agir pour le compte de leur enfant, afin de protéger son intérêt. Par conséquent ils n'agissent pas en tant que représentant, mais en vertu d'un pouvoir d'action attaché à l'exercice de la responsabilité parentale.

**12.** Dans les trois systèmes étudiés, et c'est le deuxième point commun qu'il faudra mettre en évidence, la recherche d'un point d'équilibre entre la protection et le respect de l'individualité de l'enfant a dû prendre en compte une nouvelle donne en la matière. Si les trois systèmes étudiés ont toujours accordé à l'enfant une parcelle de capacité au sein du régime de la minorité, ils ont néanmoins dû prendre en considération la consécration des droits de l'enfant au niveau international, notamment par la Convention de New York. Ceci les a conduits à affirmer de manière plus prononcée la place de l'enfant dans la prise de décision le concernant et dans l'exercice des droits qui lui ont été reconnus. À leur manière, chacun des trois systèmes étudiés a fait produire des effets juridiques à la capacité naturelle de l'enfant. Il est dès lors possible de mettre en évidence dans chacun des trois systèmes une sorte de période tampon, laquelle peut se poursuivre au-delà de la majorité et qui vise à permettre à l'enfant un apprentissage de la capacité. Ainsi, un sas intermédiaire entre incapacité et capacité peut être mis en évidence. Le régime de l'assistance et de l'autorisation qui fonctionne en vertu d'un principe de collaboration entre l'enfant et ses parents, a consacré l'existence de pouvoirs de contrôle réciproques dans la prise de décision concernant l'enfant. Par ailleurs, que ce soit par la méthode des capacités civiles anticipées, de la prémajorité, ou par un renforcement de la protection *a posteriori* accordée au mineur, ce dernier bénéficie de sphères d'autonomie, voire de capacité, antérieures à l'acquisition de la majorité. La protection accordée à l'enfant pourra ainsi varier selon la sphère de capacité dans laquelle il se trouve, et notamment en fonction de la gravité de l'acte accompli. Les trois systèmes étudiés se sont ainsi efforcés de mettre en place un régime de minorité adaptable autant que possible au développement de la capacité naturelle de l'enfant et à ses aspirations personnelles.

**13.** Enfin, l'étude de la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais fait ressortir une difficulté majeure dans la recherche d'un équilibre entre protection et capacité. Lorsqu'une situation conflictuelle apparaît entre

l'enfant et ses parents ou bien entre l'enfant et son représentant, elle a pour effet de remettre en cause le fonctionnement normal des mécanismes mis en place pour pallier l'incapacité du mineur. L'intervention d'une tierce personne permet de rétablir l'équilibre rompu. Le renforcement des pouvoirs du tiers s'avère en ce domaine bien souvent nécessaire.

**14.** Bien que la capacité constitue un tout, la procédure civile présente des spécificités qui nous ont conduite à étudier séparément la capacité procédurale. Les mécanismes qui permettent à l'enfant de prendre part à la procédure sont identiques à ceux qui existent pour la réalisation des actes juridiques non procéduraux <sup>1</sup>. Néanmoins, à côté de ces mécanismes existe un dispositif, sans lien direct avec la capacité, qui donne le pouvoir au mineur, en sa qualité d'enfant, de s'exprimer au cours d'une instance à laquelle il n'est pas partie. Dans les trois systèmes étudiés, en vertu de principes tirés de la mise en œuvre de l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant <sup>2</sup>, l'enfant, lorsqu'il est concerné, dispose d'un droit à être entendu dans la procédure. Les modalités du recueil de sa parole <sup>3</sup>, ainsi que celles qui président à la détermination de son intérêt dans le cadre d'une procédure judiciaire le concernant, apparaissent tout à fait spécifiques à chacun des trois systèmes étudiés. De la même manière, l'étendue de la capacité procédurale conférée au mineur partie à la procédure varie grandement selon le système envisagé. Aussi, il nous est apparu nécessaire de scinder l'étude de la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais, en envisageant d'abord sa capacité pour la réalisation d'actes juridiques non procéduraux (Première partie), pour ensuite examiner celle qui lui a été accordée dans les procédures judiciaires (Seconde partie).

---

<sup>1</sup> Représentation, assistance ou capacité.

<sup>2</sup> « *Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ».

<sup>3</sup> Voir notamment la section 1(3) du *Children Act 1989*, les articles 388-1 et 388-2 du Code civil, et les sections 11(7)b et 16(12) du *Children (Scotland) Act 1995*.



**PREMIÈRE PARTIE :**  
**LA PLACE DU MINEUR DANS LA RÉALISATION D'ACTES JURIDIQUES EXTRA-**  
**JUDICIAIRES**

---

**15.** L'enfance est une période privilégiée d'apprentissage et, en principe, d'insouciance. Aussi, l'enfant ne peut pas être placé à égalité avec un adulte. Sur le plan juridique, enfants et adultes vivent dans deux, voire trois<sup>1</sup> sphères concentriques. À chacune de ces sphères correspond un régime et un statut juridique particulier, la minorité, la prémajorité, la majorité. Si les droits des majeurs sont évidemment conférés également aux mineurs, ils sont toutefois amputés de la parcelle de pouvoir qui autoriserait ces derniers à les mettre en œuvre directement. Ainsi, dans les droits français, anglais et écossais le mineur n'accède de plain-pied à la vie juridique que par le truchement d'un majeur, parent ou représentant légal, en vertu de mécanismes visant à pallier l'incapacité à laquelle il est soumis (Titre I). L'étude de la minorité dans les trois systèmes étudiés nous a conduite cependant à remarquer que dans aucun de ces systèmes, ces sphères de capacité n'étaient hermétiques. Que ce soit par petites touches, en raison de la nature de l'acte accompli ou de la reconnaissance au mineur de capacités civiles anticipées ou bien en vertu d'une règle d'application générale, comme la prémajorité en droit écossais, le mineur se voit reconnaître par le droit une certaine capacité à agir (Titre II).

---

<sup>1</sup> En droit écossais.



## TITRE I. LES MÉCANISMES PALLIANT L'INCAPACITÉ DU MINEUR

---

**16.** Les droits français, anglais et écossais ont, chacun à sa manière, organisé l'accès du mineur à la vie juridique en cherchant à concilier sa protection avec le respect de sa personne. Il apparaît alors que l'utilisation du régime de représentation, qui ne peut être qualifié à titre général de représentation légale en vertu des spécificités du droit anglais, est toutefois commune aux trois systèmes étudiés pour la protection des intérêts de jeunes mineurs (chapitre 1). Les trois systèmes ont également en commun la volonté de respecter la personne du mineur et son individualité. Aussi, le recours au régime de représentation, lorsqu'il n'est pas expressément exclu par l'octroi à l'enfant de la capacité juridique, a néanmoins été tempéré dans son application aux adolescents. Ainsi émerge, dans chacun des systèmes étudiés un régime antérieur à la majorité, qui se caractérise par la participation de l'enfant à l'acte juridique et qui est fondé sur la collaboration entre l'enfant et son représentant (chapitre 2).



## *Chapitre 1. Le régime de l'action pour le compte de l'enfant*

**17.** Dans les droits français, anglais et écossais, il n'existe plus de distinction entre les individus quant à leur capacité à être sujet de droit. Toutefois, en raison de son âge, la personne peut se trouver frappée d'une incapacité à exercer pleinement les droits dont elle est titulaire. Dans les trois systèmes étudiés, l'individu ne devient majeur qu'à l'âge de dix-huit ans <sup>1</sup>. La protection de sa personne et les soins qui doivent lui être prodigués pendant sa minorité incombent en premier lieu à ses parents. Ceux-ci apparaissent alors comme les protecteurs naturels de ses intérêts durant cette période. Toutefois, l'organisation et le fonctionnement du régime de protection sous lequel est placé le mineur sont différents selon le système juridique dont il dépend. Nous verrons tout d'abord que trois systèmes étudiés ne confient pas la mission de protecteur des intérêts de l'enfant aux mêmes personnes, ni selon les mêmes modalités (section 1). Nous verrons ensuite que la représentation, entendue comme le mécanisme qui permet au mineur d'accéder à la vie juridique, fonctionne selon des modalités spécifiques propres à chaque système envisagé (section 2).

### Section 1. Les protecteurs des intérêts de l'enfant

**18.** Dans les systèmes français, anglais et écossais, l'intérêt de l'enfant incapable est placé sous protection. Si les trois systèmes étudiés se rejoignent lorsqu'il s'agit de désigner les parents comme protecteurs naturels de l'intérêt de leur enfant (§1), il apparaît néanmoins avec évidence que d'autres personnes, selon des modalités différentes, peuvent également être investies de cette mission (§2).

---

<sup>1</sup> L'âge de la majorité est fixé à dix-huit ans en vertu des dispositions de l'article 388 du Code civil, de la section 9(1) du *Family Law Reform Act 1969*, et de la section 1(1) du *Age of Majority (Scotland) Act 1969*. Pour plus de détails voir *infra* n° 262 et s.

### § 1. Les « protecteurs naturels »<sup>1</sup>

19. En **droit français** une distinction claire existe entre la protection de la personne de l'enfant et celle de ses biens et de son intérêt. Les droits et les devoirs qui s'exercent sur la personne de l'enfant relèvent de l'autorité parentale<sup>2</sup>. Les pouvoirs qui s'exercent sur les biens de l'enfant relèvent de l'administration légale<sup>3</sup>. Ces deux catégories se regroupent pour former un ensemble de droits, de devoirs, et de pouvoirs<sup>4</sup> dont les parents sont investis et ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant<sup>5</sup>. Cette notion est alors entendue dans son sens le plus vaste, qui comprend notamment le bien-être quotidien de l'enfant<sup>6</sup> et son développement mental. Les droits, les devoirs et les pouvoirs ainsi donnés aux parents pour l'organisation de la vie de l'enfant sont organisés autour de deux corps de règles qui coexistent en parallèle, l'un ne préjudiciant pas à l'autre<sup>7</sup>.

Les protecteurs naturels de l'intérêt de l'enfant, dans le cadre des dispositions relatives à l'administration légale, sont également les représentants légaux de l'enfant, lesquels sont en premier lieu les titulaires de l'autorité parentale à son égard<sup>8</sup>. En effet, pour que la représentation de l'enfant fonctionne de manière efficace au quotidien, les représentants de l'enfant doivent être ses parents. Ce sont eux qui le connaissent le mieux, qui ont à cœur de protéger son intérêt et qui savent quels sont ses désirs. Ces derniers sont *a priori* les mieux à même de représenter l'enfant dans la vie de tous les jours et d'exercer leurs pouvoirs dans son intérêt. L'intervention d'un tiers serait très lourde à gérer au quotidien et imposerait un formalisme qui entraverait l'accomplissement d'actes qui peuvent être de nature courante.

---

<sup>1</sup> Expression empruntée à Mme le professeur Rubellin-Devichi. Voir J. Rubellin-Devichi, « Le droit français est-il adapté aux adolescents », *Dr. Enf. Fam.* 1991/2, p. 123.

<sup>2</sup> Art. 371-1 du Code civil.

<sup>3</sup> Art. 382 du Code civil.

<sup>4</sup> Cette notion étant comprise comme « l'aptitude à exercer les droits d'autrui, à agir pour le compte d'autrui et en son nom », J. Carbonnier, *Droit civil 1/ Les personnes. Personnalité, incapacité, personnes morales*, Coll. Themis Droit privé, 17<sup>e</sup> éd. refondue 2000, p. 148.

<sup>5</sup> La finalité de l'administration légale ne peut être différente de celle de l'autorité parentale, telle qu'elle est définie par l'article 371-1 du Code civil.

<sup>6</sup> Cette notion serait traduite dans les droits anglais et écossais par le terme de *welfare*. Pour une comparaison de ces notions voir *infra* n° 434.

<sup>7</sup> J. Massip, *Les incapacités [étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 5, p. 45.

<sup>8</sup> Voir sur ce point J. Massip, *op. cit.*, n° 5, p. 45.

**20.** Ainsi, le pouvoir de représentation légale est confié à l'administrateur légal en vertu de l'article 389-3 du Code civil <sup>1</sup>. Si l'autorité parentale est exercée en commun par les parents, ceux-ci seront tous les deux administrateurs légaux des biens de leur enfant mineur <sup>2</sup>. Ils auront donc tous les deux la capacité juridique pour le représenter dans la réalisation des actes nécessaires à l'administration légale. À défaut d'autorité parentale conjointe <sup>3</sup>, l'administration légale est exercée par celui des parents qui exerce l'autorité parentale, sous le contrôle du juge des tutelles. Ce parent disposera alors seul du pouvoir de représentation légale.

La loi du 4 mars 2002 <sup>4</sup> a modifié les règles de dévolution et d'exercice de l'autorité parentale en droit français. Désormais, l'article 372 du Code civil consacre une égalité totale entre les parents dans l'exercice de l'autorité parentale. Ils l'exercent en commun quelle que soit leur situation matrimoniale <sup>5</sup> et que le couple soit uni ou désuni <sup>6</sup>. Seules deux exceptions à l'exercice en commun de l'autorité parentale existent désormais, lorsque le second lien de filiation avec l'enfant est établi plus d'un an après sa naissance ou bien que celui-ci est judiciairement déclaré <sup>7</sup>. Dans ces hypothèses, l'autorité parentale appartiendra de manière exclusive au parent qui a reconnu l'enfant en premier lieu, sauf déclaration conjointe des parents en faveur d'un exercice commun <sup>8</sup>, ou décision du juge aux affaires familiales en ce sens <sup>9</sup>.

**21.** L'exercice de l'administration légale et celui de l'autorité parentale ne peuvent aujourd'hui être dissociés lorsque les pouvoirs qui y sont attachés sont pris dans leur globalité. En effet, avant l'entrée en vigueur de la loi de 2002 <sup>10</sup>, la possibilité d'une telle dissociation existait dans la mesure où l'exercice de l'administration légale pouvait être entièrement dévolu à une autre personne que

---

<sup>1</sup> « L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils... », Art. 389-3 du Code civil.

<sup>2</sup> Art. 389 du Code civil.

<sup>3</sup> Lorsque la filiation de l'enfant n'a été établie qu'à l'égard d'un seul de ses parents, dans les situations prévues à l'article 372 al. 2 du Code civil, ou encore en vertu de l'article 373-1 du Code civil lorsque l'un des deux parents est décédé ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale.

<sup>4</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>5</sup> Les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale s'appliquent de manière identique à tous les parents qu'ils soient mariés, concubins ou pacsés.

<sup>6</sup> « *La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* », Art. 373-2 du Code civil.

<sup>7</sup> Art. 372 al. 2 du Code civil.

<sup>8</sup> Cette déclaration doit être présentée au greffier en chef du TGI, art. 372 al. 3 du Code civil.

<sup>9</sup> Art. 372 al. 3 du Code civil. Cf la position des autres pays européens en matière d'attribution et d'exercice de l'autorité parentale voir K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summers (eds), *European Family Law in Action. Volume III : Parental responsibilities*, Intersentia, CEFL 2005.

<sup>10</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

le(s) titulaire(s) de l'autorité parentale à la suite d'une séparation ou d'un divorce <sup>1</sup>, ou bien dans l'hypothèse où des parents majeurs étaient placés sous un régime d'incapacité <sup>2</sup>. Avec l'abrogation, par la loi du 4 mars 2002 <sup>3</sup>, de l'article 288 du Code civil <sup>4</sup>, il ne semble plus désormais possible de dissocier l'administration légale et son corollaire, le pouvoir de représenter l'enfant, de l'exercice de l'autorité parentale après le divorce des parents. L'abrogation de l'article 288 du Code civil ne semble néanmoins pas devoir remettre en cause les possibilités de dissociation ouvertes dans l'hypothèse où les parents majeurs de l'enfant sont placés sous un régime d'incapacité. Le régime spécifique qui s'applique aux parents majeurs placés sous protection se justifie par le fait qu'ils ne peuvent être administrateurs légaux des biens de leur enfant mineur <sup>5</sup>. Ils ne peuvent par conséquent être les représentants légaux de leur enfant. Il apparaît cependant que, si l'ouverture d'une tutelle au profit de l'enfant s'avère préférable, celle-ci pourra néanmoins être limitée à la gestion des biens de l'enfant. Les parents placés sous un régime d'incapacité conserveront alors leurs pouvoirs d'autorité parentale sur la personne de l'enfant <sup>6</sup>. Ainsi, au quotidien la protection de la personne de l'enfant leur sera confiée <sup>7</sup>, mais la protection de son intérêt incombera au tuteur de l'enfant.

**22.** L'exercice d'une partie seulement des pouvoirs liés à l'administration légale peut néanmoins être dissocié de l'exercice de l'autorité parentale. Il s'agira notamment de l'hypothèse où des biens sont donnés ou légués à l'enfant sous la condition qu'ils seraient administrés par un tiers <sup>8</sup>. Dans ces circonstances, les titulaires de l'autorité parentale n'exerceront pas leurs pouvoirs d'administrateurs légaux sur ces biens. Le tiers désigné sera alors investi du pouvoir de représenter l'enfant pour la réalisation des actes relatifs à la gestion du patrimoine de ce dernier.

---

<sup>1</sup> En vertu de l'ancien article 288 du Code civil.

<sup>2</sup> Cette disposition ne s'applique pas au régime d'incapacité frappant les parents mineurs. Voir *infra* n° 925 et s.

<sup>3</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>4</sup> L'ancien article 288 du Code civil prévoyait qu'à la suite d'un divorce le parent qui n'avait pas l'exercice de l'autorité parentale pouvait néanmoins « être chargé d'administrer sous contrôle judiciaire tout ou partie du patrimoine des enfants », si l'intérêt d'une bonne gestion de ce patrimoine l'exigeait.

<sup>5</sup> Voir sur ce point J. Massip, *Les incapacités [étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 617, p. 510.

<sup>6</sup> TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *J.C.P. G* 1990, II, 21514, note Fossier.

<sup>7</sup> Ils restent investis « du droit et du devoir de garde, d'éducation et d'entretien de l'enfant » et ils continuent également « à bénéficier de la jouissance légale », J. Massip, *op. cit.*, n° 617, p. 509.

<sup>8</sup> En vertu de l'article 389-3 du Code civil.

**23.** En dehors de ces hypothèses particulières, l'administration légale est attachée à l'exercice de l'autorité parentale. De même, le pouvoir de représentation est lié à l'exercice de l'administration légale. Cependant, tout comme la première, cette seconde association peut néanmoins dans certaines circonstances être rompue. En effet, lorsque l'intérêt de l'enfant et celui de ses représentants sont en opposition <sup>1</sup>, le pouvoir de représenter l'enfant peut temporairement et pour la réalisation d'un acte spécifique être confiée à un administrateur *ad hoc*<sup>2</sup>. Les parents resteront investis de l'administration légale sur les biens de l'enfant, mais seront temporairement dépouillés du pouvoir de le représenter. La protection de l'intérêt de l'enfant est alors dans ces circonstances confiée à son représentant/administrateur *ad hoc*.

**24.** Le **droit écossais**, comme le droit français, utilise le mécanisme de la représentation légale pour assurer la protection de l'intérêt de l'enfant jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de seize ans. Jusqu'à l'entrée en vigueur du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, l'institution de *tutary* organisait les rapports juridiques entre parents et enfant pendant la période allant de la naissance à douze ans s'il s'agissait d'une fille, et jusqu'à quatorze ans s'il s'agissait d'un garçon <sup>3</sup> sur la base d'un régime de représentation. À l'issue de cette période, l'institution de *curatory* qui organisait les rapports juridiques entre parents et enfant sur la base d'un régime d'assistance du mineur, prenait automatiquement le relais jusqu'à la majorité de l'enfant <sup>4</sup>.

**25.** La phase de *curatory* a été supprimée, et la phase de *tutary* prolongée jusqu'au seizième anniversaire de l'enfant, fille ou garçon <sup>5</sup>. Désormais, les droits et devoirs anciennement accordés aux parents en leur qualité de *tutor*, sont désignés

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 116 et s.

<sup>2</sup> Art. 389-3 du Code civil. Sur l'intervention de l'administrateur *ad hoc* et les situations d'opposition d'intérêts voir *infra* n° 116 et s.

<sup>3</sup> Cette distinction entre les sexes était fondée sur l'âge légal de la puberté. Voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 1.08, p. 4. Les racines de cette distinction fondée sur l'âge, tout comme celles du fonctionnement général de l'institution de *tutary-curatory*, sont à rechercher dans celle de tutelle-curatelle qui organisait les rapports juridiques entre parents et enfants en droit romain. Voir sur ce point G. A. Montgomery, « Guardian and ward », *An introduction to Scottish legal history*, Stair society vol. 20, Edimbourg, R. Cunningham & Sons LTD 1958, pp. 125-129.

<sup>4</sup> Pour plus de détails sur le fonctionnement de l'ancien système de *tutary-curatory* voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 1.08 et s., pp. 4 et s.

<sup>5</sup> En vertu des dispositions du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

par la notion de *legal representation*<sup>1</sup>. Ainsi, la *legal representation* appartient aux droits et devoirs parentaux<sup>2</sup> qui permettent en premier lieu aux parents, et à leurs autres titulaires<sup>3</sup>, d'organiser la vie de l'enfant et de veiller à la protection de son intérêt, jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de seize ans<sup>4</sup>.

**26.** Comme en droit français, une distinction existe en droit écossais entre la protection de la personne de l'enfant et la protection de ses intérêts. Elle n'apparaît cependant pas de manière aussi tranchée.

Si la protection de la personne de l'enfant relève des droits et devoirs attachés à sa garde (*custody*), la protection de ses intérêts relève exclusivement du domaine de la représentation légale<sup>5</sup>. En effet, l'ancienne institution de *tutory*, même si elle emportait l'exercice de certains droits sur la personne de l'enfant, n'en restait pas moins une institution principalement tournée vers l'administration de ses biens<sup>6</sup>. En droit écossais, la protection de la personne de l'enfant et la protection de son intérêt apparaissent, dans la majorité des cas, unis dans l'exercice des droits et devoirs parentaux. En effet, celui-ci confère à ses titulaires le droit de garde<sup>7</sup> et le droit et devoir de représentation<sup>8</sup>.

Une dissociation entre les deux semble néanmoins possible en droit écossais. Ainsi, il est précisé que le représentant légal de l'enfant ne peut consentir à l'adoption de ce dernier s'il n'en a pas la garde<sup>9</sup>. Toutefois, hormis dans cette hypothèse spécifique, il semble bien difficile de dissocier les deux en pratique, dans la mesure où le transfert de la garde de l'enfant s'accompagne automatique du transfert de l'exercice des droits et devoirs parentaux à son égard<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> « Any reference in any rule of law, enactment or document to the tutor of a pupil child shall be construed as a reference to a person entitled to act as a child's legal representative (within the meaning of the part I of the Children (Scotland) Act 1995... », section 5(1) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>2</sup> Cette mission de représentation légale appartient tant à la catégorie des devoirs qu'à celle des droits parentaux, il y est ainsi respectivement fait référence dans les sections 1(1)(d) et 2(1)(d) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 35 et s.

<sup>4</sup> Le mineur de seize ans acquiert la pleine capacité juridique, bien que la minorité prenne fin à dix-huit ans. « A person over the age of 16 years shall have legal capacity to enter into any transaction » section 1(1)(b) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 15.32, p. 491.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> « A parent (...) has the right to have the child living with him or otherwise to regulate the child's residence », section 2(1)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>8</sup> Sections 1(1)(d) et 2(1)(d) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>9</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 15.58, p. 505.

<sup>10</sup> Notamment dans l'hypothèse d'une ordonnance visant à obtenir la résidence de l'enfant ou son placement sous protection. Voir *infra* n° 47.

**27.** À la différence des droits français et écossais, le **droit anglais** prévoit que la responsabilité parentale n'investit pas ses titulaires d'un pouvoir général de représentation à l'égard de l'enfant. La distinction entre la protection de la personne de l'enfant et la protection de son intérêt n'existe pas dans ce système. Ainsi, « *la responsabilité parentale englobe l'administration des biens de l'enfant (...) et il devient inutile de distinguer entre le gouvernement de la personne de l'enfant et l'administration de ses biens* »<sup>1</sup>. En effet, seule la notion de prise en charge de la personne de l'enfant (*care*), et incidemment de son patrimoine, articule désormais les différentes facettes de la responsabilité parentale en droit anglais. Ainsi, à la différence des droits français et écossais, la protection de l'intérêt de l'enfant n'apparaît pas directement liée à l'administration de ses biens.

**28.** La mission confiée aux titulaires de la responsabilité parentale de prendre soin de l'enfant et d'assurer son « *développement* »<sup>2</sup> implique de donner à ses titulaires un pouvoir décisionnel, tant à l'égard de la personne de l'enfant qu'à l'égard de ses biens<sup>3</sup>. Ainsi, c'est en vertu d'un pouvoir directement attaché à l'exercice de la responsabilité parentale que ses titulaires agiront et non en vertu d'un pouvoir de représentation. Les décisions ne seront pas prises au nom de l'enfant par les titulaires de la responsabilité parentale, mais par ces derniers en qualité de titulaire de cette fonction. La protection de l'intérêt de l'enfant sera, bien entendu, leur guide dans la prise de décision. Ainsi, les premiers protecteurs de l'intérêt de l'enfant seront également, en droit anglais, les titulaires de la responsabilité parentale.

---

<sup>1</sup> J. Flauss-Diem, « Le *Children Act 1989* ou le passage des droits parentaux à la responsabilité parentale en droit anglais », *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Actes des journées internationales d'histoire du droit sous la direction de R. Ganghofer, Presses Universitaires de Strasbourg 1992, pp. 417-418.

<sup>2</sup> Pour Mme le professeur Flauss-Diem, la philosophie du *Children Act 1989* peut se résumer ainsi : « *le développement d'un enfant est une responsabilité qui incombe à ses parents et à sa famille, les pouvoirs publics ne doivent pas intervenir en la matière, sauf lorsque l'enfant est en danger* », J. Flauss-Diem, « Le *Children Act 1989* ou le passage des droits parentaux à la responsabilité parentale en droit anglais », *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Actes des journées internationales d'histoire du droit sous la direction de R. Ganghofer, Presses Universitaires de Strasbourg 1992, pp. 416.

<sup>3</sup> « *Parental responsibility means all the rights, duties, powers responsibility and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his proterty* », section 3(1) du *Children Act 1989*. Les parents sont à ce titre investis des pouvoirs dont disposait l'ancien tuteur au patrimoine de l'enfant (*guardian of the child's estate*) en vertu de la section 3(2) du *Children Act 1989*. Désormais, seul l'*official solicitor* peut être nommé tuteur au patrimoine de l'enfant, dans l'hypothèse où ce dernier se verrait accordé des dommages et intérêts par une juridiction civile ou pénale. Voir sur ce point *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 para. 146, p. 102.

**29.** La section 2 du *Children Act 1989* et les Sections 3 et 4 du *Children (Scotland) Act 1995* déterminent respectivement les modalités d'attribution de la responsabilité parentale et des droits et devoirs parentaux sur l'enfant. Comme en droit français, ces règles sont conditionnées par l'établissement de la filiation de l'enfant.

Pendant le mariage, l'exercice de la responsabilité parentale en droit anglais et celui des droits et devoirs parentaux en droit écossais découlent automatiquement de l'établissement de la filiation. La filiation maternelle est établie à l'égard de la femme qui a mis au monde l'enfant <sup>1</sup> et la filiation paternelle est établie en vertu de la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant* <sup>2</sup>.

Dans les deux systèmes, hors mariage, la filiation maternelle est également établie du fait de l'accouchement, toutefois une distinction est opérée pour l'établissement de la filiation paternelle.

**30.** En **droit écossais**, la filiation paternelle hors mariage est établie par présomption. Un homme sera présumé être le père de l'enfant, s'il a lui-même déclaré l'enfant comme étant le sien et que la mère l'a également désigné comme étant le père <sup>3</sup>. Pour que la présomption joue, cette double reconnaissance de paternité doit avoir été enregistrée sur le Registre des naissances <sup>4</sup> tenu par les *Registration offices*.

**31.** En **droit anglais**, le lien de filiation entre un parent et un enfant ne peut être établi sur la base d'une reconnaissance volontaire. Cette possibilité n'existe pas dans ce système. Aussi, l'attribution de la filiation revêt-elle, tout comme pendant le mariage, un caractère automatique. Ainsi, l'homme désigné sur le registre de

---

<sup>1</sup> Ainsi, la mère porteuse sera la mère légale de l'enfant (qu'elle soit la mère génétique ou non), jusqu'au prononcé du « *parental order* » attribuant la maternité légale à une autre femme (qui peut être la mère génétique de l'enfant), voir section 27 du *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. Pour plus de détails sur l'attribution de la maternité légale voir P. M. Bromley & N. V. Lowe, *Bromley's family law*, Butterworth's 1998, p. 262 ; S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, n° 18-002, p. 524 ; A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, n° 3.04 et s., pp. 76 et s.

<sup>2</sup> Cette présomption joue totalement y compris lorsque l'enfant est né suite à une PMA avec donneur. Pour plus de détails sur l'attribution de la paternité légale, voir P. M. Bromley & N. V. Lowe, *Bromley's family law*, Butterworth's 1998, p. 272 ; S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, n° 18-003, p. 524 ; A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, n° 3.13 et s., pp. 81 et s.

<sup>3</sup> Section 5(1)b du *Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986*.

<sup>4</sup> Le registre en question est un des registres prévu par la section 13 du *Registration of births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965*.

naissance de l'enfant (*birth certificate*) est considéré comme le père de l'enfant <sup>1</sup>. Toutefois, la mention du nom du père ne peut être portée sur le registre de naissance sans l'accord de la mère ou à défaut sur présentation d'une décision de justice accordant au père la responsabilité parentale sur l'enfant <sup>2</sup>.

**32.** Par conséquent, dans les droits anglais et écossais, lorsque les parents sont mariés ensemble, la responsabilité parentale ou les droits et devoirs parentaux sont accordés de manière automatique aux deux parents <sup>3</sup>. Hors mariage, seule la mère en est investie de manière automatique <sup>4</sup>. Le père de l'enfant ne dispose alors que de la faculté de l'acquérir et ce dans deux hypothèses.

En premier lieu, le père et la mère de l'enfant peuvent se mettre d'accord sur le fait que le père sera également titulaire des droits et devoirs parentaux ou de la responsabilité parentale <sup>5</sup>. Cet accord de responsabilité parentale (*parental responsibility agreement*), pour être valable, est soumis à un certain formalisme, et notamment à un enregistrement <sup>6</sup>. Il ne peut donc s'agir d'un accord verbal. En droit écossais, cet accord est irrévocable <sup>7</sup> alors qu'en droit anglais la mère conserve toujours la possibilité de saisir le juge afin de le rendre caduc <sup>8</sup>. Si la mère refuse de donner son accord à l'exercice conjoint des droits et devoirs parentaux ou de la responsabilité parentale, le père de l'enfant devra alors se tourner vers le juge.

En second lieu, l'exercice de la responsabilité parentale peut être accordé au père par décision de justice <sup>9</sup>. À défaut d'accord de la mère sur ce principe, c'est là son dernier recours. La décision est laissée à l'appréciation souveraine des juges <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Section 34(2) du *Birth and Death Registration Act 1953*.

<sup>2</sup> Pour plus de détails sur la possibilité du père non marié de se voir enregistrer sur le certificat de naissance de l'enfant voir la section 10(1) du *Birth and Death Registration Act 1953*.

<sup>3</sup> « *Where a child's father and mother were married to each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child* », section 2(1) du *Children Act 1989*. Le principe de l'exercice conjoint de la responsabilité parentale par les parents mariés est posé par la section 3(1) du *Children (Scotland) Act 1995*. « *A child's mother has parental responsibilities and parental rights in relation to him whether or not she is or has been married to his father* », *Children (Scotland) Act 1995* section 3(1)(a) ; « *...his father has such responsibilities and rights in relation to him only if married to the mother at the time of the child's conception or subsequently* » *Children (Scotland) Act 1995* section 3(1)(b).

<sup>4</sup> « *Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his birth (...) the mother shall have parental responsibility for the child* », section 2(2)(a) du *Children Act 1989* et section 3(1)(a) du *Children (Scotland) Act 1995* *ibid*.

<sup>5</sup> Section 4(1) du *Children (Scotland) Act 1995* et section 4(1)b du *Children Act 1989*.

<sup>6</sup> La section 4(2) du *Children (Scotland) Act 1995* dispose que cet acte doit prendre la forme prescrite par le *Secretary of State*, et qu'il doit être enregistré dans les *Books of Council and Session*. La section 4(2) du *Children Act 1989* prévoit que le *parental responsibility agreement* doit être établi dans les formes requises par le *Lord Chancellor* et qu'il doit également être enregistré.

<sup>7</sup> Section 4(4) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>8</sup> Section 4(3) du *Children Act 1989*.

<sup>9</sup> Section 4(1)(a) du *Children Act 1989* et section 11 du *Children (Scotland) Act 1995*.

**33.** La faveur accordée à la mère, par les droits anglais et écossais, dans l'exercice de la responsabilité parentale, peut être comprise par la volonté de ne pas donner automatiquement la responsabilité parentale à un homme absent, qui se serait désintéressé du sort de l'enfant. Néanmoins, ces dispositions heurtent aujourd'hui le principe de non discrimination posé par l'article 2 de la Convention internationale des droits de l'enfant <sup>2</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a également eu l'occasion de se prononcer sur la position du droit anglais envers les pères non mariés <sup>3</sup>. Elle a jugé que la différence de traitement entre les pères mariés et les pères non mariés, et l'absence d'automaticité dans l'acquisition par les seconds de la responsabilité parentale, était fondée sur une justification raisonnable et objective, dans la mesure où les relations que ces pères entretiennent avec leurs enfants peuvent aller de « *l'indifférence la plus totale à des relations suivies et stables identiques à celles qui existent dans une famille unie* » <sup>4</sup>.

**34.** Si les parents de l'enfant, en tant qu'administrateurs légaux des biens de leur enfant en droit français, titulaires de l'exercice du droit et devoir parental de représentation légale en droit écossais et de la responsabilité parentale en droit anglais, sont les premiers protecteurs de l'intérêt de l'enfant, il apparaît néanmoins que cette mission puisse également être exercée par d'autres personnes.

---

<sup>1</sup> « *The court may, on the application of the father, order that he shall have parental responsibility for the child* » Children Act 1989 section 4(1)(a) ; « *the court may make such an order (...) as it thinks fit...* », section 11(2) du Children (Scotland) Act 1995.

<sup>2</sup> Voir S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell 2003, para. 18-032 p. 552.

<sup>3</sup> *B. v. UK* [2001] 1 FLR 1 ; [2000] FCR 289 ; [2000] Fam Law 88.

<sup>4</sup> « *The Court has considered that the relationship between unmarried father and their children varies from ignorance and indifference to a close and stable relationship indistinguishable from the conventional family based unit. For this reason the Court has held that there exist an objective and reasonable justification for the difference in treatment between married and unmarried fathers with regards to the automatic acquisition of parental rights* ». *B. v. UK* [2001] 1 FLR 5.

## §2 Les protecteurs « de substitution »<sup>1</sup>

**35.** La protection au quotidien de l'intérêt de l'enfant peut également être confiée à d'autres personnes que ses parents (A). Une différence majeure apparaît alors entre les droits français et écossais d'une part et le droit anglais d'autre part. En droit français, ni le juge des enfants, ni le juge aux affaires familiales qui doit « *veiller spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* »<sup>2</sup> ne peut être investi de la mission de représenter l'enfant et son intérêt au quotidien, pas plus que ne le sont les *sheriffs* en droit écossais. En droit anglais en revanche, le juge peut être titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, et donc du pouvoir d'agir en son nom, en vertu de l'institution de *wardship* (B).

### A. Les tiers

**36.** La mission de protection de l'intérêt de l'enfant et son corollaire le pouvoir de le représenter sont en **droit français**, confiés de manière exclusive aux titulaires de l'autorité parentale. Hormis les hypothèses dans lesquelles l'autorité parentale aura été déléguée<sup>3</sup>, ou lorsque les parents de l'enfant sont placés sous un régime d'incapacité<sup>4</sup>, l'exercice concurrent de ces pouvoirs par d'autres personnes que les parents n'est pas possible. Le décès des parents, l'absence de lien de filiation les unissant à l'enfant<sup>5</sup>, le retrait de l'autorité parentale prononcé à leur encontre<sup>6</sup> ou l'existence d'une opposition d'intérêts<sup>7</sup>, autorisent néanmoins d'autres personnes à être investies du pouvoir de représenter les intérêts de l'enfant de manière exclusive.

---

<sup>1</sup> Expression empruntée à Mme le professeur Rubellin-Devichi. Voir J. Rubellin-Devichi, « Le droit français est-il adapté aux adolescents », *Dr. Enf. Fam.* 1991/2, p. 123.

<sup>2</sup> Art. 373-2-6 du Code civil.

<sup>3</sup> Art. 376 et s. du Code civil.

<sup>4</sup> TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *J.C.P. G* 1990, II, 21514, note Fossier.

<sup>5</sup> Art. 390 du Code civil.

<sup>6</sup> Sont visées ici les situations qui autorisent le retrait de l'autorité parentale, en vertu des articles 378 et s. du Code civil.

<sup>7</sup> Sur la désignation d'un administrateur *ad hoc* voir *infra* n° 117 et dans le cadre d'une instance voir *infra* n° 564 et s. et n° 745 et s.

**37.** Dans l'hypothèse où les parents de l'enfant « *sont tous les deux décédés, ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale* »<sup>1</sup>, ou bien sur décision du juge des tutelles, laquelle peut intervenir « *à tout moment* » dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire<sup>2</sup>, ou encore « *pour cause grave* » dans l'administration légale pure et simple<sup>3</sup>, une tutelle sera ouverte au profit du mineur<sup>4</sup>. Ainsi, le tuteur sera alors investi des prérogatives d'autorité parentale sur la personne<sup>5</sup> et sur les biens de l'enfant, et du pouvoir corollaire de représenter ses intérêts<sup>6</sup>.

Le tuteur de l'enfant peut avoir été nommé par ses parents<sup>7</sup>. À défaut, l'article 402 du Code civil prévoit que la tutelle sera déférée à l'ascendant de l'enfant le plus proche en degré. Les grands-parents de l'enfant sont donc les premiers visés. En cas de concours entre ces derniers, en vertu des dispositions de l'article 403 du Code civil, c'est le conseil de famille qui désignera parmi ses membres le tuteur de l'enfant. Dans l'hypothèse où la tutelle resterait vacante, par exemple lorsque l'enfant est admis en qualité de pupille de l'État<sup>8</sup>, celle-ci sera déférée par le juge des tutelles aux services de l'aide sociale à l'enfance<sup>9</sup>. Cependant, pour que la tutelle soit effective, il est nécessaire qu'elle soit exercée par une personne physique, directement en contact avec l'enfant. Le décret du 6 novembre 1974 prévoit pour les mineurs, que « *le directeur de l'établissement public d'éducation ou de traitement dans lequel se trouve l'enfant peut être désigné par le juge des tutelles comme tuteur à la personne. S'il l'accepte, les fonctions de tuteur aux biens peuvent également lui être confiées* »<sup>10</sup>. En dehors de l'hypothèse d'une tutelle déférée aux services de l'aide sociale à l'enfance, à défaut de volonté contraire exprimée par les parents, le mécanisme de la tutelle donne donc une prépondérance aux grands-parents dans la

---

<sup>1</sup> Art. 390 du Code civil. En vertu de l'article 373 du Code civil le parent qui se trouve « *hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause* », est privé de l'exercice de l'autorité parentale.

<sup>2</sup> Art. 391 al. 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>3</sup> Art. 391 al. 2 du Code civil.

<sup>4</sup> Art. 390 du Code civil.

<sup>5</sup> Hormis dans les hypothèses où la dissociation entre l'exercice de l'autorité parentale et l'exercice de l'administration légale s'avère préférable. Sur ce point voir *supra* n° 22.

<sup>6</sup> Art. 450 du Code civil.

<sup>7</sup> Cette désignation peut être faite dans un testament ou par déclaration devant notaire. Art 398 du Code civil.

<sup>8</sup> Art. L. 244-4 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>9</sup> Article 433 du Code civil.

<sup>10</sup> Art. 6 du Décret n° 74-930 du 6 novembre 1974, portant organisation de la tutelle d'État et de la curatelle d'État.

désignation du tuteur. Aussi, les titulaires du pouvoir de représentation légale sont-ils choisis en priorité dans le cercle familial.

**38.** La possibilité pour les tiers d'exercer les pouvoirs relatifs à l'administration des biens du mineur, et à la protection de son intérêt a été renforcée par la loi du 4 mars 2002<sup>1</sup>, qui a donné un nouveau visage à la délégation d'autorité parentale<sup>2</sup>. La possibilité de déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale à un tiers existait déjà avant la réforme, cependant les conditions de sa mise en œuvre ainsi que ses effets ont été assouplies.

En cas de désintérêt manifeste des parents ou d'impossibilité pour eux d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le tiers ou les services sociaux qui ont recueilli l'enfant peuvent demander au juge aux affaires familiales à bénéficier d'une délégation de l'autorité parentale sur l'enfant<sup>3</sup>. Les conditions de mise en œuvre de cette délégation, à laquelle les parents n'auront pas consenti, ont été simplifiées dans la mesure où désormais, le simple recueil de l'enfant par le tiers autorise ce dernier à demander la délégation<sup>4</sup>. La notion de désintérêt manifeste, tout comme celle de l'impossibilité pour les parents d'exercer l'autorité parentale, sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond. La possibilité pour les parents de demander la délégation de l'exercice de tout ou partie de leur autorité parentale a été maintenue<sup>5</sup>. Cependant, les effets de la délégation qu'elle soit volontaire ou non consentie, ont été assouplis.

**39.** En effet, une innovation majeure de la loi du 4 mars 2002 réside dans la possibilité de donner aux parents et au délégataire, l'exercice partagé de l'autorité parentale sur l'enfant<sup>6</sup>. Cette disposition se rapproche des dispositions de droit anglais et de droit écossais qui prévoient l'exercice concurrent de la responsabilité

---

<sup>1</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>2</sup> Voir notamment sur cette réforme A. Gouttenoire et P. Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. fam.* 2003, chron., n° 1, pp. 4-7.

<sup>3</sup> Art. 377 al. 2 du Code civil.

<sup>4</sup> La loi exigeait auparavant « la remise de l'enfant » au tiers, cette action volontaire des parents n'était pas aisée à établir et pour faire face au quotidien la jurisprudence était allée jusqu'à assimiler le placement judiciaire de l'enfant à sa remise volontaire aux services sociaux par ses parents. Sur ce point voir A. Gouttenoire et P. Murat, art. préc., n° 1, p. 6.

<sup>5</sup> Nous pouvons noter que la réforme a fait disparaître la possibilité anciennement offerte au tuteur de demander après autorisation du conseil de famille, à déléguer l'exercice de l'autorité parentale à un tiers. A. Gouttenoire et P. Murat, art. préc., n° 1, p. 6.

<sup>6</sup> Art. 377-1 al. 2 du Code civil.

parentale ou des droits et devoirs parentaux par les parents et les tiers <sup>1</sup>. La possibilité de mettre en place un exercice partagé de l'autorité parentale permet ainsi de pallier les situations dans lesquelles « *les parents ne sont pas totalement absents ou démissionnaires, mais seulement en difficulté, peut-être d'ailleurs temporairement, ou éloignés* » <sup>2</sup>. L'éventail des situations qui justifient la délégation de l'exercice de l'autorité parentale s'ouvre alors très largement.

Nous pouvons cependant nous interroger sur l'efficacité d'un exercice concurrent des pouvoirs attachés à l'administration des biens du mineur, et notamment celui de le représenter. L'exercice partagé de l'autorité parentale ne doit pas être étendu aux pouvoirs d'administration légale sauf à permettre de pallier une absence temporaire des parents du cercle familial. Ainsi, dans l'hypothèse où le juge aurait choisi de confier l'enfant à un tiers, en vertu des dispositions de l'article 373-3 du Code civil, les parents restent bien investis de la protection de l'intérêt de l'enfant et du pouvoir de le représenter <sup>3</sup>.

En effet, lorsque l'enfant est judiciairement confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les parents de l'enfant, le tiers n'acquiert alors que la faculté d'accomplir les « *actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation* » <sup>4</sup>. Les actes simples ainsi accomplis sont ceux qui relèvent de la protection de la personne de l'enfant et non de la gestion de son patrimoine. Faute pour le tiers d'obtenir une délégation de l'exercice de l'autorité parentale, sa mission sera confinée à la protection de la personne de l'enfant et non à la protection de ses intérêts. Comprise comme un palliatif éducatif, la délégation d'autorité parentale doit s'accompagner si nécessaire de l'ouverture d'une tutelle sur les biens de l'enfant s'il s'avère impossible de laisser les parents en charge de la protection de ses intérêts.

**40.** Dans les **droits anglais et écossais**, l'exercice de la responsabilité parentale ou des droits et devoirs parentaux peut également être dévolu à d'autres personnes que les parents. Ainsi, le tuteur de l'enfant se trouve investi de la responsabilité parentale ou de l'exercice des droits et devoirs parentaux à son

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 46.

<sup>2</sup> A. Gouttenoire et P. Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. fam.* 2003, Chron., n° 1, p. 7.

<sup>3</sup> Voir en ce sens J. Massip, *Les incapacités [étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 11, p. 53

<sup>4</sup> Art. 373-4 du Code civil.

égard <sup>1</sup>. Un tuteur peut être désigné à l'enfant par le titulaire de la responsabilité parentale <sup>2</sup>, afin que celui-ci soit pris en charge dans l'hypothèse où ce dernier viendrait à décéder <sup>3</sup>. Cette désignation doit, pour être valable, répondre à un certain formalisme. Elle doit notamment être réalisée grâce à un écrit signé par l'auteur de la désignation <sup>4</sup>.

**41.** Le **droit anglais** offre également la possibilité aux juges de désigner un tuteur à l'enfant, lorsqu'aucun des parents n'est titulaire de la responsabilité parentale, ou bien dans l'hypothèse du décès du bénéficiaire d'une ordonnance de résidence de l'enfant (*residence order*) ou de celui du précédent tuteur <sup>5</sup>. Il appartiendra à la personne qui souhaite exercer la fonction de tuteur auprès de l'enfant d'introduire une demande en justice en ce sens. Le juge, dans le cadre d'une procédure familiale (*family proceedings*), dispose néanmoins du pouvoir de procéder de plein droit à cette désignation, dès lors qu'il estimera nécessaire de le faire <sup>6</sup>.

**42.** Le pouvoir de désigner un tuteur à l'enfant est également accordé au *sheriff* et à la *Court of Session* en **droit écossais** <sup>7</sup>. La tutelle est alors davantage un outil de protection du bien-être de l'enfant (*welfare*), qu'une mesure visant à désigner des substituts parentaux à l'enfant. La mesure sera prise dans une optique de protection de la personne de l'enfant et de ses intérêts, afin de pallier une défaillance parentale. Lorsque la désignation du tuteur intervient sur ce fondement <sup>8</sup> il ne semble exister aucune limite tant quant à la qualité de la personne apte à saisir le juge d'une telle demande, que quant au nombre de personnes qui peuvent ainsi être nommées. Le juge dispose du pouvoir souverain d'apprécier ce qui est nécessaire à la protection du bien-être de l'enfant, aussi il nommera autant de tuteur que de besoin <sup>9</sup>. La désignation d'un tuteur à l'enfant

---

<sup>1</sup> Section 5(6) du *Children Act 1989* et section 7(5) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> Parent ou tuteur actuel.

<sup>3</sup> Sections 5(3) et 5(4) du *Children Act 1989* et sections 7(1) et 7(2) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> Section 5(5) du *Children Act 1989* et section 7(1)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>5</sup> Section 5(1) du *Children Act 1989*.

<sup>6</sup> Section 5(2) du *Children Act 1989*.

<sup>7</sup> Section 11(2)(h) et section 14 du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>8</sup> Section 11(2)(h) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>9</sup> Il apparaît néanmoins pour des raisons pratiques évidentes, que les juges soient peu enclins à désigner plus de deux tuteurs en même temps. Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 7.21, p. 217.

n'apparaît alors soumise à aucune condition particulière, si ce n'est la nécessité de procéder à cette désignation <sup>1</sup>. Le tuteur ainsi désigné exercera les droits et devoirs parentaux qui lui ont été conférés par décision de justice <sup>2</sup>, concurremment avec les parents et éventuellement les autres tuteurs.

**43.** Dans les **systèmes anglais et écossais**, en dehors de l'hypothèse de l'ouverture d'une tutelle, l'exercice de la responsabilité parentale ou des droits et devoirs parentaux, peut également être confié à un tiers au moyen d'une ordonnance judiciaire relative à la résidence de l'enfant (*residence order*) <sup>3</sup>. Cette dernière a pour effet, pour le temps qu'elle durera, d'investir son bénéficiaire de la responsabilité parentale ou de l'exercice des droits et devoirs parentaux, à l'égard de l'enfant visé <sup>4</sup>.

**44.** En **droit anglais**, les services sociaux des collectivités territoriales (*local authorities*) peuvent également être investis de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant dès lors qu'une ordonnance judiciaire de protection de l'enfant (*protection order*) <sup>5</sup> aura été rendue <sup>6</sup>. La responsabilité parentale est également confiée de manière automatique à la personne physique ou à la collectivité locale qui a saisi le juge d'une demande d'ordonnance de mise sous protection d'urgence de l'enfant (*emergency protection order*) <sup>7</sup>. Dans tous les cas, lorsque la délégation de la responsabilité parentale est le résultat d'une ordonnance judiciaire <sup>8</sup>, celle-ci est

---

<sup>1</sup> La section 11(2) du *Children (Scotland) Act 1995* dispose : « *Le juge peut rendre une ordonnance prévue à la sous section 1 supra, dès lors qu'il lui semblera approprié...* » ; « *The Court may make such order under subsection 1 above as it thinks fit...* ». Ainsi, le tribunal dispose du pouvoir de désigner de plein droit un tuteur à l'enfant, quand bien même elle n'aurait pas été saisie d'une requête en ce sens. Voir sur ce dernier point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 7.21, p. 216.

<sup>2</sup> Le tuteur désigné par le juge sur le fondement de la section 11(2)(h) peut, à l'instar de celui nommé par les parents de l'enfant, être investi de l'exercice de l'intégralité des droits et devoirs parentaux.

<sup>3</sup> Section 8 du *Children Act 1989* et section 11(12) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> Section 12 du *Children Act 1989*. Pour le père non marié, obtenir une ordonnance relative à la résidence habituelle de l'enfant lui assure de ne pas voir remettre en cause l'exercice de sa responsabilité parentale sur l'enfant pendant toute la durée de l'ordonnance. Section 12(4) du *Children Act 1989*.

<sup>5</sup> Il peut s'agir ici d'une mesure provisoire ou bien d'une mesure prise à titre définitif.

<sup>6</sup> Section 33(3)(a) du *Children Act 1989*. Cette ordonnance donne également le pouvoir aux collectivités locales d'organiser sa mise en œuvre, notamment de déterminer les modalités d'exercice du droit de visite pas les parents ou encore la manière dont ces derniers exerceront à l'avenir et pour la durée de l'ordonnance la responsabilité parentale sur leur enfant.

<sup>7</sup> Section 44(4)(c) du *Children Act 1989*.

<sup>8</sup> *Residence order, protection order* ou *emergency protection order*.

amputée des pouvoirs permettant aux délégués de consentir à l'adoption de l'enfant ou encore de lui désigner un tuteur.

**45.** À la différence du droit anglais qui peut investir une personne morale et en particulier les services sociaux, de la responsabilité parentale, en **droit écossais**, l'exercice de la responsabilité et des droits parentaux ne peut être confié qu'à une personne physique <sup>1</sup>. Ainsi, toute personne physique qui n'est pas un des parents de l'enfant, peut se voir confier l'exercice des droits et devoirs parentaux au moyen d'une ordonnance judiciaire (*order imposing parental responsibility and parental rights*) <sup>2</sup>. La seule limite est liée à l'âge du bénéficiaire. En effet, celui-ci doit être âgé de plus de seize ans, à moins qu'il ne s'agisse du père de l'enfant <sup>3</sup>.

**46.** La particularité des **systèmes anglais et écossais** réside en ce domaine, dans le fait que les titulaires originaires de la responsabilité parentale, ne perdent pas leurs pouvoirs en raison de son exercice par une autre personne <sup>4</sup>. Ainsi, plusieurs personnes peuvent en même temps être titulaires de la responsabilité parentale à l'égard du même enfant <sup>5</sup>. Leurs pouvoirs s'exercent concurremment sans qu'une obligation de coopération n'ait été posée par le législateur <sup>6</sup>. Les seules limites aux pouvoirs des différents titulaires de la responsabilité parentale et des

---

<sup>1</sup> En vertu de la section 15(4) du *Children (Scotland) Act 1995*, pour ce qui concerne la première partie de cette loi, lorsque ses dispositions font référence à une « personne » qui exerce la responsabilité et les droits parentaux, qui agit comme représentant légal ou bien qui est désignée pour être le tuteur de l'enfant, celle-ci est une personne physique ; « *Any reference in this Part of this Act to a person-*

(a) *having parental rights or responsibilities*

(b) *acting as a legal representative ; or*

(c) *being appointed as a guardian*

*is to a natural person ».*

<sup>2</sup> « *The court may make (...)*

(b) *an order -*

(i) *imposing upon a person (provided he is at least sixteen years of age or is a parent of the child) such responsibilities and*

(ii) *giving that person such rights », section 11(2)(b) du *Children (Scotland) Act 1995*.*

<sup>3</sup> Section 11(2)(b)(i) du *Children (Scotland) Act 1995*. Cependant il est à noter que l'exercice des droits et devoirs parentaux ne confère pas au mineur une capacité qu'il n'aurait pas eue dans d'autres circonstances. Ainsi, le mineur écossais n'est pas de plein droit émancipé par la paternité. Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 15.26, p. 488.

<sup>4</sup> Section 2(6) du *Children Act 1989*.

<sup>5</sup> Section 2(5) du *Children Act 1989* et section 7(4) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>6</sup> « *Where more than one person has parental responsibility for a child, each of them may act alone and without the other (or others) in meeting that responsibility », section 2(7) du *Children Act 1989*. « *Where two or more persons have a parental right as respect to a child, each of them may exercise that right without the consent of the other or, as the case may be, of any of the others... », section 2(2) du *Children (Scotland) Act 1995*.**

droits et devoirs parentaux sont celles qui ont pu être posées par décision de justice, soit qu'elles existent *ab initio* dans le titre conférant l'exercice des droits et devoirs parentaux à une autre personne <sup>1</sup> ou dans la loi <sup>2</sup>, soit qu'elles relèvent incidemment de la décision <sup>3</sup>. Si l'exercice partagé de la responsabilité parentale permet de faciliter l'organisation du quotidien de la vie de l'enfant, et autorise notamment la réalisation d'actes simples par la personne avec qui l'enfant réside, cela ne va pas sans poser de difficulté lorsqu'il est question de faire des choix ayant des répercussions sur l'avenir de l'enfant <sup>4</sup>. Le législateur anglais et le législateur écossais n'offrent alors d'autre choix que de saisir le juge afin de trancher le conflit. Cette situation est paradoxale et va à l'encontre de la philosophie générale de ces deux systèmes, qui ont chacun posé en principe l'absence d'intervention judiciaire pour régler les conflits relatifs à l'enfant (*no order principle*) <sup>5</sup>.

**47.** La relative facilité avec laquelle un tiers peut obtenir l'exercice de la responsabilité parentale ou des droits et devoirs parentaux sur l'enfant semble être, avec la possibilité d'en investir le juge <sup>6</sup>, une des différences majeures entre les droits anglais et écossais d'une part et le droit français d'autre part.

Le droit anglais investit automatiquement la personne qui saisit le juge d'une ordonnance de mise sous protection d'urgence de l'enfant (*emergency protection order*), de l'exercice de la responsabilité parentale <sup>7</sup>. De même la faculté pour quiconque de demander à être tuteur de l'enfant ou à être titulaire de l'exercice des droits et devoirs parentaux en droit écossais <sup>8</sup> peut sembler surprenante au juriste

---

<sup>1</sup> « *Unless any decree or deed conferring the right or regulating its exercise otherwise provide* », section 2(2) *in fine* du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> En effet, certaines dispositions exigent notamment le consentement de plus d'un des titulaires de la responsabilité parentale pour la réalisation d'un acte « *But nothing in this Part shall be taken to affect the operation of any enactment which requires the consent of more than one person in a matter affecting the child* », section 2(7) *in fine* du *Children Act 1989*

<sup>3</sup> Chaque ordonnance prise sur le fondement de la section 8 du *Children Act 1989* ou de la section 11 du *Children (Scotland) Act 1995* comporte intrinsèquement une réduction de l'exercice de la responsabilité parentale par ses autres titulaires. Pour plus de détails sur ce point voir notamment J. Flauss-Diem, « Le *Children Act 1989* ou le passage des droits parentaux à la responsabilité parentale en droit anglais », *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Actes des journées internationales d'histoire du droit sous la direction de R. Ganghofer, Presses Universitaires de Strasbourg 1992, pp. 423-424.

<sup>4</sup> Voir également en ce sens J. Flauss-Diem, art. préc., p. 423.

<sup>5</sup> Voir en ce sens J. Flauss-Diem, art. préc., p. 423.

<sup>6</sup> Voir *infra* n° 50 et s.

<sup>7</sup> Voir *supra* n° 44.

<sup>8</sup> En effet quiconque pouvant démontrer au juge que les arrangements qu'il propose en matière de tutelle vont dans le sens d'une meilleure protection du bien-être de l'enfant est fondé à introduire une demande en justice en ce sens. Voir notamment sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 7.21, p. 216.

français. En effet, si en droit français, la notion de tiers est entendue très largement comme pouvant être un particulier, membre ou non de la famille, une institution ou bien encore les services départementaux de l'aide sociale à l'enfance <sup>1</sup>, l'exercice partagé de l'autorité parentale, fondé sur la délégation de cette autorité, ne permet pas pour autant la désignation d'une multiplicité de titulaires. En droit français, le signalement au Parquet de la situation de danger dans laquelle se trouve un enfant n'a aucune incidence directe sur l'exercice de l'autorité parentale.

**48.** Dans les systèmes anglais et écossais au contraire, le nombre important de titulaires potentiels de la responsabilité parentale, et la concurrence de leurs pouvoirs, viennent renforcer l'idée selon laquelle la protection de la personne de l'enfant et de son intérêt, intéresse tout le monde. Il apparaît alors que faute de pouvoir pallier toutes les défaillances, il est de la responsabilité de chacun ayant connaissance des difficultés d'un enfant, d'entreprendre quelque chose afin d'y remédier. Le pouvoir d'intrusion étatique dans la vie des familles semble avoir été transféré aux citoyens. Certes, vu de l'extérieur il semble que ce soit la cacophonie. La volonté d'assurer à l'enfant une prise en charge de qualité au quotidien et la protection de son bien-être (*welfare*) <sup>2</sup> peut conduire à une restriction de la primauté parentale en ce domaine. Néanmoins, nous pouvons cependant imaginer que les personnes qui prennent l'initiative de demander en justice le placement sous protection de l'enfant ou l'ouverture d'une tutelle à son égard, compte tenu des conséquences que cela implique au regard de l'exercice de la responsabilité parentale, sont suffisamment proches de lui, au point d'avoir eu connaissance des difficultés auxquelles celui-ci était confronté.

**49.** L'autre différence majeure entre le droit français d'une part et le droit anglais d'autre part réside dans la possibilité qu'offre le second de confier directement au juge la garde de l'intérêt de l'enfant placé sous tutelle judiciaire (*wardship*).

---

<sup>1</sup> Les tiers délégataires potentiels sont visés par l'article 377 du Code civil. Pour les droits anglais et écossais voir *infra* n° 40 et s.

<sup>2</sup> Le bien-être de l'enfant (*welfare*) est apprécié de manière beaucoup plus immédiate que l'intérêt de l'enfant, qui est le critère juridique retenu en droit français. Voir *infra* n° 434 et s.

## B. Le juge dans l'institution de *wardship*

**50.** L'institution de *wardship* trouve ses origines dans l'organisation de la tenure féodale anglaise <sup>1</sup>. Initialement tutelle du Seigneur (*Lord*), qui s'instaurait durant leur minorité, sur les biens et la personne des héritiers de ses vassaux (*tenant*) lorsque l'un d'eux venait à décéder <sup>2</sup>, cette institution est aujourd'hui devenue un outil de protection de l'enfance sans comparaison possible avec ceux qui sont utilisés en droit français. La *wardship*, qui peut être comprise comme une sorte de tutelle judiciaire, est une institution de *common law* qui n'a pas été intégrée en droit écossais. En effet, ce système ne la connaît pas et son utilisation est par ailleurs limitée aux enfants habituellement résidants en Angleterre et au Pays de Galles <sup>3</sup> ou bien disposant de la citoyenneté britannique ; celle-ci étant alors entendue strictement par référence à ces deux territoires exclusivement <sup>4</sup>.

**51.** Si la protection dont bénéficie le pupille (*ward*) est aujourd'hui exercée par les tribunaux, celle-ci trouve toutefois son origine dans les pouvoirs de *parens patrie* détenus par la Couronne (*Crown*). Le souverain en tant que « père de son peuple » <sup>5</sup> est tenu de protéger les plus faibles de son pays, dont font partie les enfants, et à ce titre « *il est tenu de pourvoir à l'entretien et à l'éducation (...) de tous ses sujets* » <sup>6</sup>. Ce pouvoir régalien a par la suite été transféré au Lord Chancellor « *et à travers lui à la Court of Chancery* » <sup>7</sup>. Avec la disparition de cette juridiction <sup>1</sup>, la

---

<sup>1</sup> J. Seymour, « *Parens patriae and wardship powers : their nature and origin* », 14 (1994) OJLS, p. 162.

<sup>2</sup> « *Le seigneur était alors censé s'occuper des terres pour le compte du pupille et était tenu de l'entretenir et de l'éduquer en fonction de son rang* », en contrepartie tous les profits tirés de la gestion des terres lui revenaient directement. N. V. Lowe & R. A. H White, *Wards of Court*, 2<sup>e</sup> éd. Londres Barry Rose 1986, p. 1.

<sup>3</sup> Section 1 du *Family Law Act 1986* ; voir également S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 19-047, p. 626. « *If (a) the child is habitually resident in England and Wales or (b) is present in England and Wales and not habitually resident elsewhere in the United Kingdom* ». Le (b) fait référence aux mineurs étrangers présents sur le sol anglais ou gallois et qui peuvent également bénéficier d'un placement sous tutelle judiciaire, sous réserve de l'application d'immunités diplomatiques. Sur ce dernier point voir N. V. Lowe & R. A. H White, *op. cit.*, p. 24.

<sup>4</sup> Voir également N. V. Lowe & R. A. H White, *op.cit.*, p. 21. Ces auteurs nous indiquent que la citoyenneté britannique de l'enfant, critère qui autorise également son placement sous tutelle judiciaire (*wardship*), et défini par le *British Nationality Act 1981* par référence au Royaume-Uni, doit être comprise dans cette institution par référence à l'Angleterre et au Pays de Galles.

<sup>5</sup> Traduction possible du terme *parens patriae*.

<sup>6</sup> « *And according to the principle of ou law, the Sovereign as parens patriae, is bound to look at the maintenance and education (...) of all his subjects* », *Hope v. Hope* (1854) 4 De GM & G 328, p. 345.

<sup>7</sup> N. V. Lowe & R. A. H White, *op. cit.*, p. 3.

compétence relative aux procédures de tutelle judiciaire (*wardship*) a été dévolue de manière exclusive à la Division de la Famille (*Family Division*) de la *High Court*<sup>2</sup>. Ainsi, lorsque cette juridiction exerce son pouvoir de tutelle sur l'enfant, il s'agit alors d'une émanation du « *pouvoir parental de la Couronne* »<sup>3</sup>.

**52.** Les pouvoirs relatifs à la tutelle judiciaire appartiennent au corps des pouvoirs propres et discrétionnaires de la *High Court* (*inherent jurisdiction*). L'exercice de ces pouvoirs permet à la *High Court* d'ordonner de plein droit une mesure, si elle l'estime nécessaire à la protection du bien-être de l'enfant. De même, dans l'exercice de ce pouvoir la *High Court* dispose de toute latitude pour ordonner la mesure la plus appropriée, ainsi que pour en déterminer l'étendue. *Inherent jurisdiction* et *wardship* fonctionnent irrémédiablement ensemble mais ne doivent cependant pas être confondues<sup>4</sup>. En effet si « *les pouvoirs propres et discrétionnaires donnent à la High Court la possibilité de prendre des mesures relatives à des aspects particuliers du bien-être de l'enfant, la tutelle judiciaire investit celle-ci à l'égard de ce dernier d'une fonction à la fois immédiate et permanente de surveillance* »<sup>5</sup>. L'intervention ponctuelle relève de l'exercice des pouvoirs propres et discrétionnaires (*inherent jurisdiction*) de la *High Court*, l'instauration dans la durée d'une protection de l'enfant et de ses biens par le juge relève de la tutelle judiciaire.

**53.** Même si la *wardship* n'a jamais visé exclusivement la protection des biens de l'enfant, il n'en demeure pas moins que cet aspect était à l'origine essentiel<sup>6</sup>. Ainsi, avant d'être un outil général de protection de l'enfance, la

---

<sup>1</sup> Depuis les *Judicature Acts 1873-1875*, l'ensemble des juridictions statuent en vertu des principes de *common law* et d'*equity*. La compétence de la *Court of chancery* ayant ainsi été redistribuée cette dernière fut supprimée.

<sup>2</sup> Section 1(2) de l'*Administration of Justice Act 1970* et section 6(1) du *Supreme Court Act 1981*.

<sup>3</sup> « *Parental power of the Crown* », *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, para. 322.

<sup>4</sup> Voir sur ce point M. L. Parry, « *The Children Act 1989 : local authorities, wardship and the revival of the inherent jurisdiction* », [1992] *JSWFL* 212, p. 213. Voir également White, Carr and Lowe, *The Children Act in practice*, 3<sup>e</sup> éd. Butterworths LexisNexis 2002 para. 12.3.

<sup>5</sup> « *The inherent jurisdiction empowers the High Court to make orders dealing with particular aspects of the child's welfare whereas wardship additionally vests in the Court both immediate and continuing supervisory function over the child* », opinion de Lord Donaldson MR dans l'arrêt *Re W (A minor) (Medical Treatment : Court's jurisdiction)* [1993] *Fam*, p. 73.

<sup>6</sup> N. V. Lowe & R. A. H White, *Wards of Court*, 2<sup>e</sup> éd, Londres Barry Rose 1986. Voir également Report of the Lately Committee on the Age of Majority (1967) Cmnd 3342, para. 193 : « *It is essential to realise that its origin function was to protect property of a minor whose parents were either dead or unavailable* ».

*wardship* ne concernait pour sa plus grande part que les jeunes héritiers fortunés<sup>1</sup>. Le visage contemporain de cette institution est apparu à la fin du XIXe siècle, avec la prise en considération croissante du bien-être de l'enfant (*welfare*). Ainsi, dans l'arrêt de principe *R. v Gyngall*<sup>2</sup>, le juge Kay a défini l'institution de *wardship* comme une institution de nature « parentale » dont l'exercice doit être tourné vers « l'intérêt de l'enfant ou son bien-être »<sup>3</sup>. À cette fin, « le juge doit agir comme l'aurait fait ou aurait dû le faire dans les mêmes circonstances, un parent sage, agissant dans l'intérêt véritable de son enfant »<sup>4</sup>.

54. En vertu du placement sous tutelle judiciaire, la « *High Court* devient légalement le parent du pupille, celle-ci prend alors en charge la direction de l'enfant et de ses biens »<sup>5</sup>. L'effet immédiat du placement sous *wardship* est le transfert à la *High Court* de l'exercice de la responsabilité parentale sur l'enfant. Elle exercera la responsabilité parentale en lieu et place des parents et non concurremment avec eux<sup>6</sup>. Il apparaît alors que dans l'exercice de ses pouvoirs propres et discrétionnaires, la *High Court* dispose sur l'enfant de davantage de pouvoirs que n'en auraient eu ses parents à son égard<sup>7</sup>. En effet, « ces pouvoirs ne sont pas une émanation de la responsabilité parentale, ils constituent une délégation du devoir de la Couronne de protéger ses sujets »<sup>8</sup>, par conséquent ils ne sont pas soumis aux limites imposées à la responsabilité parentale, telle qu'elle est exercée par les parents de l'enfant. En effet, si les parents ne peuvent aller à l'encontre de la volonté de leur enfant, lorsque ce dernier a acquis la capacité de prendre des décisions le

---

<sup>1</sup> Il apparaît néanmoins que pour le nombre à l'origine limité d'enfants concernés par cette procédure la tutelle judiciaire a toujours été comprise comme devant leur offrir une protection totale, y compris relativement à leur personne, telle que l'aurait assurée leurs parents. Voir sur ce point *Report of the Latey Committee on the Age of Majority (1967)* Cmnd 3342, para. 193 : « *With this small number, however, it dealt exhaustively and tried to offer all the protection of a parent* ».

<sup>2</sup> [1893] 2 QB 232.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 248 : « [*wardship*] is essentially a parental jurisdiction (...) the main consideration to be acted upon in its exercise is the benefit or welfare of the child »

<sup>4</sup> *Ibidem*, « *The Court must do what under the circumstances a wise parent acting for the true interests of the child would or ought to do* ».

<sup>5</sup> Opinion de Lord Esher MR dans l'arrêt *R. v Gyngall* [1893] 2 QB 232, p. 239 ; voir également l'opinion de Lord Scarman dans l'arrêt *Re E (SA) (A minor)* [1984] 1 All ER 289, p. 290. « *The court in effect becomes in law the ward's parent and take control of the child and the child's property* ».

<sup>6</sup> Opinion de Lord Esher MR dans l'arrêt *R. v Gyngall* [1893] 2 QB 232, p. 239 « *The Chancery Court was put to act on the behalf of the Crown, as being the guardian of all infants, in the place of the parent, and as if it were the parent of the child thus superseding the natural guardianship of the child* ».

<sup>7</sup> « *The High Court's inherent power to protect children is wider than that of a parent* ». White, Carr and Lowe, *The Children Act in practice*, 3<sup>e</sup> éd. Butterworths LexisNexis 2002 para. 15.29

<sup>8</sup> « *This jurisdiction is not derived from the parents' rights and responsibility, but derives from, or is, the delegated performance of the duties of the Crown to protect its subjects* », opinion de Lord Donaldson MR dans l'arrêt *Re A (A minor) (Wardship : Medical Treatment)* [1991] 4 All ER 177, [1992] Fam 11, p. 24.

concernant, les juges dans le cadre de la tutelle judiciaire peuvent tout à fait s'opposer à cette volonté <sup>1</sup>.

La *High Court* se trouve investie de la mission de protéger l'intérêt et la personne de l'enfant. Aussi, si l'enfant est placé sous tutelle judiciaire, le juge ne peut rendre une ordonnance relative à la garde de l'enfant (*custody*) <sup>2</sup>, dans la mesure où celle-ci a pour effet de transférer l'exercice de la responsabilité parentale à son bénéficiaire. En effet, le juge ne peut se départir de son obligation de protéger l'enfant, mais il peut néanmoins déléguer le contrôle et la prise en charge du quotidien de l'enfant (*care and control*) à une personne physique <sup>3</sup>. Aussi la tutelle judiciaire se traduit-elle en pratique par l'obligation pour quiconque d'obtenir une autorisation judiciaire avant de prendre toute décision importante relative à la vie de l'enfant <sup>4</sup>.

Les actes ainsi visés ont été définis par la jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire *Kelly v. BBC* <sup>5</sup>, il a été établi que comptaient parmi les étapes importantes dans la vie du pupille, son mariage, le fait qu'il sorte de la juridiction territoriale de *High Court*, tout changement matériel dans son éducation, son lieu ou ses conditions de résidence, son adoption et toute procédure visant à le rendre adoptable, un changement de nom le concernant, l'introduction au nom de l'enfant d'une demande d'indemnisation devant le bureau d'indemnisation des victimes d'infractions pénales (*Criminal Injuries Compensation Board*), le fait qu'il soit soumis à une intervention médicale importante <sup>6</sup> ou à un examen psychiatrique médico-légal, son audition par un travailleur social ou par les services de Police, le recueil

---

<sup>1</sup> Voir notamment l'affaire *In re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 592 CA. Dans cette affaire, les juges ont autorisé l'administration d'un traitement anti-psychotique sur une jeune pupille de quinze ans disposant de la « maturité Gillick », qui en raison de cette capacité s'était valablement opposée au traitement médical. Les parents dans de telles circonstances n'auraient pu consentir au traitement médical de leur fille contre son gré. Pour plus de détails voir *infra* n° 255.

<sup>2</sup> « *It is for the Court to decide all the serious issues relating to the child. That is why in orders made in the wardship jurisdiction the Court never grants custody to anybody* », opinion de Ormrod LJ dans l'arrêt *Re C. B. (A minor)* [1981] 1 All ER 16, p. 24.

<sup>3</sup> « *In a wardship case the Court retains custody of the infant and only makes such order in relation to that custody as may amount to delegation of certain parts of its duties* », opinion de Ormrod LJ dans l'arrêt *Re W* [1964] Ch. 202, p. 210. Voir également sur ce point N. V. Lowe & R. A. H White, *Wards of Court*, 2<sup>e</sup> ed, Londres Barry Rose 1986, p. 7.

<sup>4</sup> Opinion du juge Cross dans l'arrêt *Re S* [1967] 1 All ER 202, p. 209. « *No important step in the child's life can be taken without the court's consent* ». Cette formule est devenue l'expression consacrée pour définir les effets du placement de l'enfant sous tutelle judiciaire. Nous la retrouvons utilisée à de nombreuses reprises par différents auteurs en doctrine.

<sup>5</sup> [2000] Fam Law 886, [2001] 3 Fam 59, [2001] 1 All ER 323, [2001] 2 WLR 253, [2000] 3 FCR 509.

<sup>6</sup> Sont cités ici en exemple un avortement ou une stérilisation du pupille.

de son témoignage dans le cadre d'une instance pénale <sup>1</sup>. La personne qui prend en charge le quotidien de l'enfant, qu'il s'agisse de ses parents ou d'un tiers sera ainsi tenu de saisir le juge d'une demande d'autorisation lorsqu'il sera question de réaliser un de ces actes.

L'étendue des pouvoirs ainsi conférés au juge apparaît très vaste. En effet, le transfert de l'exercice de la responsabilité parentale opéré par le placement sous tutelle judiciaire de l'enfant emporte également transfert du pouvoir de consentir à l'adoption de l'enfant. Il dépouille ainsi les parents d'une de leur prérogative parentale fondamentale, dans la mesure où le juge détient alors le dernier mot en ce domaine. Ainsi, les parents du pupille ne pourront consentir à son adoption sans y avoir été judiciairement autorisés ; de même l'enfant pourra être rendu adoptable voire être adopté si le juge l'autorise même contre leur volonté <sup>2</sup>.

**55.** La *High Court*, dans l'exercice de la tutelle judiciaire, dispose « *en théorie du pouvoir illimité de faire ce qu'elle juge nécessaire pour la protection du bien-être du pupille* » <sup>3</sup>. Il apparaît néanmoins que des limites existent tant dans les pouvoirs du juge que dans la faculté de recourir à la tutelle judiciaire (*wardship*). En effet, le législateur dans le *Children Act 1989* a tenté de mettre un frein à l'augmentation constante des recours à cette procédure à la demande des services sociaux (*local authority*) <sup>4</sup>.

Ainsi, en posant les fondements d'un nouveau droit de l'enfance, ainsi que ceux d'un nouvel équilibre dans l'exercice de leurs pouvoirs par les services sociaux et le respect des droits des familles et des tiers, le *Children Act 1989* a contribué au déclin de cette institution en pratique <sup>5</sup>. En effet, les dispositions de cette loi permettent d'organiser et de régler la quasi totalité des questions qui

---

<sup>1</sup> Liste dressée par le Juge Munby J dans l'arrêt *Kelly v. BBC* [2001] 3 Fam 59, p. 76.

<sup>2</sup> Voir notamment *S and R (Minors) and another v. S* (Court of Appeal) 26 juillet 1983, unreported case. [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com). « *Held : That the Borough Council of Dudley should have the care and control of the minors and they be given leave to place them with a view to adoption* ». Dans cette affaire, à la demande du *Borough Council of Dudley* deux enfants ont été placés sous tutelle judiciaire avec autorisation donnée au demandeur, contre la volonté de la mère et des pères des deux pupilles, de placer les enfants sur le long terme dans une famille d'accueil en vue de préparer une adoption. Pour plus de détails sur ce point voir *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, para. 323, p 156.

<sup>3</sup> « *The courts when exercising the parental power of the Crown have, at any rate in legal theory, an unrestricted jurisdiction to do whatever is considered necessary for the welfare of a ward* », opinion de Sir John Pennycuik dans l'arrêt *Re X (A Minor) (C.A.)* [1975] Fam 47, p. 61

<sup>4</sup> Sur cette évolution du recours à la tutelle judiciaire depuis les années 50 voir N. V. Lowe & G. Douglas, *Bromley's family law*, 9<sup>e</sup> éd. Londres Butterworths 1998, p. 696.

<sup>5</sup> N. V. Lowe & G. Douglas, *op. cit.*, p. 694.

peuvent se poser dans la vie de l'enfant. Aussi, une préférence a été donnée à la résolution des conflits en application des dispositions tirées de cette loi.

Dans ce but, le législateur a expressément posé des restrictions à l'utilisation de la procédure de tutelle judiciaire par les services sociaux<sup>1</sup>. En effet, il leur est désormais impossible d'invoquer l'exercice des pouvoirs propres et discrétionnaires de la *High Court* et la mise en œuvre d'une tutelle judiciaire, dans le but de placer l'enfant sous leur protection (*care*) ou bien de résoudre un problème relatif à l'exercice de la responsabilité parentale sur l'enfant<sup>2</sup>. Ainsi, les services sociaux ne peuvent fonder leur demande que sur les dispositions du *Children Act 1989* relatives à ces questions<sup>3</sup>. Les pouvoirs du juge seront alors limités par les dispositions légales et il devra vérifier que les conditions autorisant le placement sous protection de l'enfant sont remplies<sup>4</sup>.

Ce renforcement de la légalité des placements sous protection de l'enfant était souhaitable, et à l'heure actuelle, les dispositions du *Children Act 1989* semblent avoir efficacement remplacé en ce domaine, l'utilisation par les juges de leurs pouvoirs propres et discrétionnaires (*inherent jurisdiction*). Ainsi, la tutelle judiciaire (*wardship*) et le placement de l'enfant sous protection des services sociaux (*care order*) sont des mesures « incompatibles »<sup>5</sup>. En effet, si une ordonnance de placement est rendue en faveur d'un pupille (*ward*), celle-ci emporte caducité de la tutelle judiciaire dont bénéficiait jusqu'alors l'enfant<sup>6</sup>. Ainsi, « *la High Court ne peut utiliser la tutelle judiciaire afin de garder un pouvoir de contrôle sur l'enfant placé sous la protection des services sociaux* »<sup>7</sup>. Les services sociaux conservent néanmoins la possibilité de recourir à la tutelle judiciaire pour résoudre les problèmes qui ne peuvent être

---

<sup>1</sup> Section 100 du *Children Act 1989*.

<sup>2</sup> Section 100(2) du *Children Act 1989*.

<sup>3</sup> Sections 31 et s. du *Children Act 1989*.

<sup>4</sup> La section 31(2) du *Children Act 1989* pose les éléments devant être vérifiés par la Cour afin de pouvoir rendre une ordonnance de protection (*care order*) ou de contrôle (*supervision order*) à l'égard de l'enfant. Ainsi, l'enfant ne sera placé sous protection que « (a) *S'il se trouve dans une situation de danger avérée ou imminente et (b) si cette situation est imputable (i) au fait que les soins qui lui sont donnés ou qui vont lui être donnés ne sont pas ceux que l'on peut raisonnablement attendre d'un parent ou (ii) au fait que l'enfant soit laissé sans contrôle parental* ». « *A court may only make a care order or a supervision order if it is satisfied (a) that the child concerned is suffering or is likely to suffer, significant harm and (b) that the harm or likelihood of harm, is attributable to (i) the care given to the child, or likely to be given to him if the order were not made, not being what would be reasonable to expect a parent to give to him ; or (ii) the child's being beyond parental control* ».

<sup>5</sup> N. V. Lowe & G. Douglas, *Bromley's family law*, 9<sup>e</sup> éd. Londres Butterworths 1998, p. 698.

<sup>6</sup> Section 91(4) du *Children Act 1989*.

<sup>7</sup> « *The High Court cannot use wardship to keep control of a child committed to the care of a local authority* », White, Carr and Lowe, *The Children Act in practice*, 3<sup>e</sup> éd. Butterworths LexisNexis 2002 para. 12.7, p. 380.

tranchés directement en application des dispositions du *Children Act 1989*. Dans ces circonstances, les services sociaux doivent obtenir l'autorisation du juge pour obtenir une mesure de tutelle judiciaire à l'égard de l'enfant dont ils ont en charge la protection <sup>1</sup>.

Par ailleurs, aucune limite n'a été posée par le *Children Act 1989* quant au recours à la tutelle judiciaire par les particuliers dans le cadre des *private law proceedings*. Une diminution flagrante de ces recours apparaît néanmoins, dans la mesure où les dispositions de cette loi n'ont laissé subsister aucun bénéfice dans le recours à la tutelle judiciaire <sup>2</sup>.

Il apparaît également en pratique que les juges ont posé leurs propres limites à l'exercice de leurs pouvoirs propres et discrétionnaires <sup>3</sup>. Ainsi, il apparaît que « *le juge hésitera ainsi à rendre une ordonnance qui n'aurait pas pu être rendue dans d'autres circonstances* » <sup>4</sup>. De même, il est établi que dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs propres et discrétionnaires les juges ne pourront aller contre la loi et « *ordonner des mesures qui sont illégales* » <sup>5</sup>, ni « *interférer avec les pouvoirs expressément conférés à d'autres institutions* » <sup>6</sup>. Le juste renvoi aux compétences et responsabilités de chacun, constitue une garantie pour l'exercice équilibré de ces pouvoirs discrétionnaires.

Les juges peuvent virtuellement tout ordonner dans le cadre d'une tutelle judiciaire, aussi des garde-fous sont-ils nécessaires pour que l'enfant et les personnes qui sont en relation avec lui trouvent leur place au sein de cette institution. La tutelle judiciaire apparaît ainsi de manière paradoxale comme instituant le plus haut degré de protection de la personne de l'enfant et de son intérêt, tout en étant une des plus inquiétantes par l'ampleur des pouvoirs ainsi

---

<sup>1</sup> Sections 100(3) et 100(4) du *Children Act 1989*. En vertu de ces dispositions le tribunal n'accordera son autorisation que si le résultat recherché par les services sociaux ne peut être atteint en application des dispositions du *Children Act 1989* et s'il apparaît qu'à défaut d'un placement de l'enfant sous tutelle judiciaire celui-ci se trouverait placé dans une situation de danger imminente (*he is likely to suffer significant harm*).

<sup>2</sup> N. V. Lowe & G. Douglas, *Bromley's family law*, 9<sup>e</sup> éd. Londres Butterworths 1998, p. 699.

<sup>3</sup> « *The wardship or inherent jurisdiction of the court to cast its cloak of protection over minors whose interests are at risk of harm is unlimited in theory though in practice the judges who exercise the jurisdiction have created classes of cases in which the court will not exercise its powers* », opinion de Ward LJ dans l'arrêt *Re Z (a minor) (Identification : restriction on publication)* [1997] fam 1, p. 23.

<sup>4</sup> *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> ed, Butterworths 2001, para. 322, p. 156, renvoyant à l'affaire *Re H (minors) (Wardship : Surety)* [1991] FCR 45, [1991] 1 FLR 40, CA.

<sup>5</sup> « *There is no inherent power to make orders that are prohibited by statutes* », N. V. Lowe & G. Douglas, *Bromley's family law*, 9<sup>e</sup> éd. Londres Butterworths 1998, p. 705.

<sup>6</sup> « *The court will not interfere with the exercise of powers clearly vested in other bodies* » White, Carr and Lowe, *The Children Act in practice*, 3<sup>e</sup> éd. Butterworths LexisNexis 2002, para. 12.30, p. 392.

conférés à la *High Court*. Le *Children Act 1989* en œuvrant pour renforcer le principe de légalité dans des affaires aussi sensibles que celles qui touchent à la protection de l'enfant, entendue dans son sens le plus large <sup>1</sup>, est venu équilibrer les rapports de force en ce domaine.

**56.** Par opposition aux droits français et écossais, les protecteurs de l'intérêt de l'enfant en droit anglais apparaissent multiples tant par leur nombre que par l'étendue et la diversité des pouvoirs qui sont conférés à chacun pour mener à bien leur mission de protection de l'intérêt de l'enfant. Aussi, il apparaît de manière évidente que cette multiplicité produit des effets quant aux fondements du pouvoir qui leur est conféré pour pallier l'incapacité de l'enfant. En effet, si les systèmes français et écossais utilisent le mécanisme de représentation légale pour fonder le pouvoir d'action des parents dans la protection de l'intérêt de leur enfant, le droit anglais quant à lui ne connaît pas ce mécanisme.

## Section 2. L'incapacité de l'enfant

**57.** Les trois systèmes étudiés posent un principe général d'incapacité du mineur. Toutefois, si les droits écossais et français ont conceptualisé l'incapacité du mineur pour en faire, notamment pour le droit français, un véritable régime avec des règles spécifiques de fonctionnement, tel n'est pas le cas du droit anglais. En effet, faute pour ce système de connaître et d'appliquer la distinction civiliste entre capacité de jouissance et capacité d'exercice, aucun régime spécifique organisant l'incapacité du mineur n'a été véritablement mis en place (§1). De cette différence d'approche fondamentale découle nécessairement une différence quant au traitement juridique de l'incapacité. Il apparaît ainsi que seuls les droits français et écossais utilisent à titre général le mécanisme de la représentation comme palliatif de l'incapacité du mineur (§2)

---

<sup>1</sup> Le domaine d'intervention des juges en matière de tutelle judiciaire permet de couvrir toutes les questions qui sont relatives à la protection de la personne de l'enfant, mais également à la protection de son intérêt. Tout ce qui peut toucher un enfant en particulier entre dans leur champ de compétence voir *supra* n° 50 et s.

## § 1. Les fondements de l'incapacité

**58.** Si les droits français, anglais et écossais se rejoignent quant à la finalité de l'incapacité de l'enfant, à savoir la mise en place d'un mécanisme de protection à son égard (A), la nature de l'incapacité à laquelle est soumis le mineur diffère fondamentalement entre les droits français et écossais d'une part et le droit anglais d'autre part (B).

### A. La finalité de l'incapacité

**59.** Dans les droits français, anglais et écossais, quel que soit le traitement juridique de l'incapacité, celle-ci est considérée comme un moyen de répondre à la nécessité de protéger l'enfant, en raison de sa particulière vulnérabilité. La nécessité d'accorder à l'enfant une protection spécifique a été consacrée notamment par la Convention internationale sur les droits de l'enfant <sup>1</sup>, qui a été ratifiée par la France et le Royaume-Uni <sup>2</sup>.

L'enfant physiquement dépendant de ses parents dans un premier temps, dépend également d'eux pour assurer la protection de ses intérêts <sup>3</sup>. Cette protection est primordiale dans nos sociétés où celui-ci se trouve de plus en plus sollicité par les adultes. C'est un client potentiel pour les banques <sup>4</sup>, un consommateur averti pour d'autres <sup>5</sup>, et « *chacun sait que la jeunesse est la cible favorite des publicitaires et l'interlocuteur privilégié des marchands* » <sup>6</sup>. Si dans les trois systèmes étudiés, l'incapacité à laquelle est soumis le mineur est une incapacité de

---

<sup>1</sup> « *L'enfant en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après sa naissance* », préambule de la Convention internationale sur les droits de l'enfant.

<sup>2</sup> La Convention internationale sur les droits de l'enfant a été ratifiée par la France le 6 août 1990 et par le Royaume-Uni le 16 décembre 1991.

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 19 et s.

<sup>4</sup> J. Huet, « Détournement (bancaire) de mineurs », *D.* 1987, chron., p. 215 ; G. Kengne, « La banque et le mineur », *Petites Affiches* 5 février 1997, p. 19.

<sup>5</sup> D. R. Martin, « L'argent de poche du mineur », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, L.G.D.J. 1991, p. 51 ; F. Roussel, « L'enfant et l'argent », *Petites Affiches* n° 53, 3 mai 1995, p. 10.

<sup>6</sup> J.-C. Montanier et P. Conte, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *J.C.P. N* 1986, I, p. 401.

protection, un équilibre reste à construire entre protection de l'incapable et respect des droits qui lui ont été reconnus.

**60.** En effet, après la Convention internationale sur les droits de l'enfant de 1989, les grandes orientations sur les droits de l'enfant ont été affirmées. L'enfant est « *un adulte en devenir* »<sup>1</sup>. Il peut à ce titre bénéficier de droits particuliers qui lui permettront de devenir un homme comme les autres. Ces droits particuliers, l'enfant en est créancier à l'égard de sa famille et de la société dans laquelle il vit. Ce sont ces droits qui ont été affirmés avec force par différents textes internationaux<sup>2</sup>, et dont la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 est le plus abouti.

Cette Convention énonce clairement les droits qui devraient être reconnus à l'enfant par les parties contractantes. Ces droits lui sont reconnus en sa qualité de personne, et ne visent pas à remettre en cause le pouvoir de direction dont ses parents disposent à son égard. Ces droits sont des droits personnels, économiques et sociaux qui sont nécessaires à l'enfant « *pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité* »<sup>3</sup>. Le domaine d'application de cette convention est donc très vaste, et sa force obligatoire se trouve aujourd'hui accrue en droit français, avec le revirement opéré par la Cour de cassation, qui a mis un terme à son refus de déclarer d'applicabilité directe les dispositions de cette Convention<sup>4</sup>.

Ainsi, certaines de ses dispositions ont été intégrées en droit interne par les législations postérieures à son adoption. Dans les droits anglais et écossais, l'adoption des *Children Acts* de 1989 et 1995 a permis une réorganisation de leur droit de l'enfance respectifs en fonction des dispositions de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. En France, la mise en œuvre concrète de ses dispositions s'est réalisée par touches et de manière plus ponctuelle, notamment par la loi du 8 janvier 1993<sup>5</sup>. Ainsi, la reconnaissance du caractère indispensable de la participation de l'enfant aux procédures judiciaires le

---

<sup>1</sup> G. Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec 1995, p. 250.

<sup>2</sup> Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant ; Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1959 ; Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'ONU le 10 décembre 1948 ; Convention internationale sur les droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1989, ouverte à la signature le 26 janvier 1990 à New York.

<sup>3</sup> Préambule de la Convention internationale sur les droits de l'enfant.

<sup>4</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 18 mai 2005, *Bull. civ.*, I, n° 212 ; A. Gouttenoire « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation ! » *Dr. fam.* 2005 comm. n° 156 ; *J.C.P. G* 2005, II, 10081, obs. F. Granet et Y. Strickler. Pour plus de détails voir *infra* n° 102.

<sup>5</sup> Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993.

concernant a trouvé un écho favorable au sein de chacun des systèmes étudiés <sup>1</sup>. Par ailleurs, il apparaît aujourd'hui que si l'incapacité de l'enfant en tant que mécanisme de protection ne doit pas être remise en question, sa mise en œuvre ne saurait conduire à l'exclusion du mineur de la vie juridique et plus particulièrement du processus décisionnel qui vise à organiser son état ou son mode de vie <sup>2</sup>.

**61.** Si une partie de la doctrine s'accorde à penser que l'incapacité qui frappe le mineur n'est justifiée que par la nécessité de sa protection <sup>3</sup>, l'unité de direction à l'intérieur de la famille a également pu être évoquée par certains auteurs, comme un des « *buts* » de l'incapacité de l'enfant, justifiant par conséquent la mise en œuvre de la représentation légale à son égard <sup>4</sup>.

En effet, pour le Doyen Carbonnier cette incapacité « *tend à intégrer davantage le mineur au groupe familial, en assurant à celui-ci une cohérence, l'unité de direction que menaceraient des capacités en ordre dispersé* » <sup>5</sup>. En droit écossais également, une notion proche de celle d'unité de direction à savoir « *l'autorité économique* » du père, a servi de justification à l'incapacité de ses enfants <sup>6</sup>.

Cette notion d'unité de direction au sein de la famille, qui a également pu justifier à une époque l'incapacité auxquelles étaient soumises les femmes mariées,

---

<sup>1</sup> Voir notamment pour le droit français, l'article 388-1 du Code civil qui prévoit l'audition de l'enfant dans les procédures judiciaires le concernant. Voir également les dispositions du *Children Act 1989* et du *Children (Scotland) Act 1995* qui autorisent l'enfant à prendre part activement aux procédures judiciaires le concernant, en lui reconnaissant notamment, sous conditions, la qualité de partie dans ces procédures, *infra* n° 533 et s.

<sup>2</sup> Voir notamment pour le droit français l'art. 371-1 du Code civil issu de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 qui consacre la fin d'une mise en œuvre archaïque du mécanisme de représentation légale, en posant en précepte la nécessité pour les parents d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

<sup>3</sup> « *Les incapacités d'exercice n'ont qu'un seul fondement la protection de l'incapable contre lui-même* », Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil. Les personnes, la personnalité, les incapacités*, 8<sup>e</sup> éd. par F. Laroche-Gisserot, Montchrestien 1997, p. 161.

<sup>4</sup> Voir J. Carbonnier, *Droit civil 1/ Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*, Thémis droit privé, PUF 2000, p. 199 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 2. La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> édition refondue, Thémis, PUF 2002, p. 130.

<sup>5</sup> J. Carbonnier, *Droit civil 1/ Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*, Thémis droit privé, PUF 2000, p. 199. J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 2. La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> édition refondue, Thémis droit privé, PUF 2002, p. 131.

<sup>6</sup> « *But there is also an economic authority in the father of the family over all his children and descendants, remaining in his family, whom he hath not elocated by marriage (...) unto other families, whereby the female do naturally change their families, and become under the power of another family* », Stair, *The Institutions of the law of Scotland*, réédités par D. M. Walker, The University Press of Edinburgh and Glasgow 1981, p. 124. Ainsi, Stair dans ses *Institutions* en 1693, fait référence notamment à une notion « *d'autorité économique* » (*economic authority*), du père s'exerçant sur l'ensemble de ses descendants demeurant dans sa famille, à l'exclusion de ses filles mineures dès lors qu'elles se mariaient. Voir également dans le même sens Lord Mackenzie, *Studies in Roman Law with comparative views of the laws of France, England and Scotland*, Edimbourg & Londres, William Blackwood and sons MDCCCLXII, p. 133.

a aujourd'hui vécu <sup>1</sup>. L'unité de direction à laquelle il est fait référence, notamment en droit français, implique de considérer le patrimoine des parents et celui de l'enfant comme un tout, en distinguant néanmoins les pouvoirs qui s'exercent sur les biens qui le composent. Or, cette unité de patrimoine est fictive. En effet, les pouvoirs que les administrateurs légaux exercent sur les biens du mineur sont limités de deux manières. En premier lieu, l'exercice de ces pouvoirs est encadré, de sorte que leurs actions sont susceptibles d'être remises en cause, lorsqu'ils les auraient accomplies en outrepassant leurs pouvoirs d'administrateurs légaux <sup>2</sup>. En second lieu, le législateur a conféré au mineur un pouvoir d'action sur ses biens. En effet, en vertu de l'article 389-3 du Code civil, le mineur est autorisé à agir seul lorsque la loi ou l'usage l'y autorise. Si le pouvoir d'action reconnu au mineur sur ses biens peut sembler limité quant au poids économique que figure cette capacité, il n'en reste pas moins que la consécration légale d'un pouvoir d'action propre du mineur sur ses biens exclut de faire assurer par l'incapacité du mineur, une unité de direction au sein de la famille.

**62.** Aujourd'hui, bien que le droit des incapables mineurs ne puisse légitimement s'affranchir des dispositions de droit de la famille organisant les rapports entre parents et enfant <sup>3</sup>, seule la finalité protectrice de l'incapacité demeure pertinente à nos yeux. Reste que si la finalité protectrice de l'incapacité fait l'unanimité au sein des trois systèmes étudiés, ceux-ci ne se rejoignent pas quand il est question de déterminer quelle est la nature de l'incapacité de l'enfant.

## B. La nature de l'incapacité

**63.** Dans la tradition civiliste, l'incapacité qui frappe le mineur est comprise comme une incapacité juridique qui se limite à celle d'exercer les droits dont il est titulaire (1). En droit anglais au contraire, il n'existe aucun régime juridique

---

<sup>1</sup> La femme mariée a accédé à une capacité juridique entière par la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, avant que la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 ne lui confère l'égalité avec le mari, dans la gestion des affaires du ménage.

<sup>2</sup> Articles 389 et s. du Code civil.

<sup>3</sup> Quel que soit le vocable utilisé, autorité parentale, responsabilité parentale, droits et devoirs parentaux, tous ces mécanismes selon des modalités différentes tendent à l'organisation juridique des rapports parents-enfant.

organisant l'incapacité du mineur, celle-ci étant alors avant tout comprise comme une incapacité naturelle à agir (2)

### *1. La consécration juridique de l'incapacité d'exercice du mineur dans les droits français et écossais*

**64.** En **droit français**, et en **droit écossais** contemporain, l'enfant est sujet de droit <sup>1</sup>. En droit français, en vertu de principes tirés du droit romain <sup>2</sup>, il acquiert la personnalité juridique à la naissance. S'il y va de son intérêt, en vertu de l'adage *Infans conceptus pro nato abetur*, l'enfant peut même être titulaire de droits à compter de sa conception ; sous réserve qu'il naisse vivant et viable. Le droit français des incapacités opère ainsi une distinction très nette entre deux formes juridiques de capacité. La capacité de jouissance permet la titularité de droits <sup>3</sup> et la capacité d'exercice permet l'exercice autonome, par le sujet, des droits dont il est titulaire <sup>4</sup>. Si l'enfant dispose par conséquent dès sa naissance de la capacité à être titulaire de droits, il ne dispose toutefois pas de la capacité de les mettre en œuvre directement. L'existence de la personnalité juridique de l'enfant est complète dès la naissance, celui-ci est donc en principe titulaire des mêmes droits que les adultes <sup>5</sup>, sauf lorsque sa capacité de jouissance est limitée par des textes spécifiques.

---

<sup>1</sup> J. Rubellin-Devichi, « Introduction scientifique », *Autorité parentale, responsabilité parentale et protection de l'enfant. Confrontations européennes et régionales*, Coll. Synthèse, éd. Chroniques Sociales, Lyon 1992, p. 17. Voir également sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 1.11, pp. 6-7. En droit écossais, si la personnalité juridique de l'*infans* ne pose aujourd'hui plus de question, il fut une époque où la catégorie juridique des *pupils*, c'est à dire les garçons de moins de quatorze ans et les filles de moins de douze ans, étaient considérés par certains auteurs et une partie de la jurisprudence, comme ne disposant pas de la personnalité juridique, en raison « de leur incapacité à agir, ou même à consentir ». Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 1.11, citant Erskine dans ses *Institutions* (I, vii, 14) : « *A pupil has no person, in the legal sense of the word. He is incapable of acting, or even consenting* ». Néanmoins, l'évolution historique du droit écossais, a conduit à une interprétation moins radicale autorisant la reconnaissance de la personnalité juridique à l'enfant en bas âge.

<sup>2</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1994, p. 276.

<sup>3</sup> Voir notamment J. Carbonnier, *Droit civil 1/Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*, Thémis Droit privé, PUF 2000, p. 180.

<sup>4</sup> M. Storck, *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ 1982, p. 52

<sup>5</sup> Voir notamment A.-M. Sohm-Bourgeois, « Minorité-Majorité », *Rép. civ. Dalloz* 1996, n° 15 ; J. Rubellin-Devichi, « Introduction scientifique », *Autorité parentale, responsabilité parentale et protection de l'enfant. Confrontations européennes et régionales*, Coll. Synthèse, éd. Chroniques Sociales, Lyon 1992, p. 17.

**65.** En effet, en **droit français** certaines dispositions légales prévoient expressément l'incapacité de jouissance du mineur. Celle-ci est toujours spéciale. Elle empêche l'incapable d'être titulaire des droits en question <sup>1</sup>, et « *contient virtuellement l'incapacité d'exercice correspondante* » <sup>2</sup>. Ainsi, l'article 2 du Code de commerce interdit au mineur, même émancipé, d'être commerçant. L'article 37 du Code civil prévoit également que les témoins aux actes de l'état civil doivent être âgés de dix-huit ans au moins. De même « *dans la mesure définie par la loi* », l'article 1124 du Code civil prévoit une incapacité à contracter pour les mineurs non émancipés. En vertu des dispositions des articles 903 et 904 du Code civil, le mineur ne peut faire de donation, sauf à ce qu'elle soit faite à son futur conjoint <sup>3</sup>. L'article 2018 du Code civil impose que la caution présentée par le débiteur « *ait la capacité de contracter* », ainsi par conséquent, le mineur ne dispose pas de la capacité à se porter caution. C'est à la majorité que la personne acquiert la pleine capacité pour accomplir l'ensemble des actes de la vie civile <sup>4</sup>. Lorsqu'elle résulte d'une incapacité de jouissance, il ne peut être remédié à l'incapacité du mineur par le jeu de la représentation légale <sup>5</sup>. Aussi, les représentants légaux de l'enfant ne pourront agir en son nom et pour son compte dans le cadre de ces différents domaines.

Les hypothèses spécifiques d'incapacité de jouissance mises à part, la nature de l'incapacité qui frappe le mineur en droit français est exclusivement une incapacité d'action <sup>6</sup>. L'incapacité d'exercice qui a « *finalité protectrice* » <sup>7</sup>, interdit à la personne de passer seule un acte juridique. Ainsi, « *par défiance envers elle ou pour assurer sa protection, sa manifestation de volonté n'est pas prise en considération* » <sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> « *L'aspect essentiel de cette incapacité consiste en l'absence originelle de droit conféré à l'incapable : puisque celui-ci n'a pas de titre lui permettant d'intervenir dans la vie juridique, sa volonté de passer un acte est dépourvu de tout effet de droit* », M. Storck, *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ 1982, p. 51.

<sup>2</sup> M. Storck, *op. cit.*, p. 51.

<sup>3</sup> A.-M. Sohm-Bourgeois, « Minorité-Majorité », *Rép. civ. Dalloz* 1996, n° 17.

<sup>4</sup> Art. 488 du Code civil fixe la majorité en droit français à dix-huit ans. Certaines limites existent néanmoins à cette pleine capacité dans la mesure où certaines incapacités de jouissance subsistent encore après la majorité. Elles concernent principalement l'éligibilité à certaines fonctions parlementaires ou bien à l'exercice de certaines fonctions judiciaires. Sur ce point voir A.-M. Sohm-Bourgeois, « Minorité-Majorité », *Rép. civ. Dalloz* 1996, n° 10.

<sup>5</sup> A.-M. Sohm-Bourgeois, art. préc., n° 17.

<sup>6</sup> Voir notamment Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil. Les personnes, la personnalité, les incapacités*, 8<sup>e</sup> éd. par F. Laroche-Gisserot, Montchrestien 1997, p. 161 ; C. Neirinck, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz* 1998 n° 48.

<sup>7</sup> Voir notamment C. Neirinck, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz* 1998 n° 48 et également *supra* n° 58 et s.

<sup>8</sup> M. Storck, *op. cit.*, p. 52.

**66.** En droit français, en vertu de l'article 389-3 du Code civil, l'incapacité d'exercice qui frappe l'enfant concerne la réalisation de tous les actes de la vie civile, hormis ceux que la loi ou l'usage lui autorise à accomplir. Ainsi, cette incapacité à agir n'est pas absolue et nous verrons que le mineur dispose de certains pouvoirs pour la réalisation d'actes juridiques tant relatifs à sa personne, qu'à ses biens <sup>1</sup>.

La titularité d'un droit ne vaut rien pour celui qui ne peut le mettre en œuvre. Pour qu'un droit soit effectif, il faut donner à son titulaire la possibilité de l'exercer, voire si le besoin s'en fait sentir de le faire respecter par les autres. La capacité d'exercice est donc la garantie d'une capacité de jouissance effective. Afin de concilier à l'égard de l'enfant sa capacité de jouissance et son incapacité d'exercice, le droit français a choisi de donner à une personne, disposant d'une capacité juridique entière, le pouvoir d'exercer les droits dont l'enfant est titulaire par le jeu du mécanisme de représentation légale <sup>2</sup>.

**67.** La distinction entre capacité de jouissance et capacité d'exercice existe également en **droit écossais**, mais n'a cependant pas servi de fondement à une véritable théorie juridique des incapacités. Ainsi, le droit écossais reconnaît à l'enfant une « *capacité passive étendue notamment en ce qu'il peut recevoir des biens ou être titulaire d'un droit de propriété* » <sup>3</sup>. Celle-ci peut être comparée à la capacité de jouissance qui a été reconnue au mineur en droit français. Ainsi, l'incapacité qui frappe l'enfant en droit écossais ne peut être comprise comme « *un défaut de personnalité juridique, mais comme une incapacité générale à s'obliger lui-même* » <sup>4</sup>. De la même manière, l'incapacité du mineur en droit écossais qui est tirée de l'impossibilité pour lui de s'engager par un acte juridique, peut valablement être comparée à l'incapacité d'exercice à laquelle est soumis le mineur en droit français. Nous pouvons par conséquent conclure que l'incapacité du mineur dans les droits français et écossais est de nature identique. Elle ne saurait en tout les cas interdire

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 217 et s.

<sup>2</sup> Voir *infra* n° 77 et s.

<sup>3</sup> « *He or she had an extensive passive capacity as recipient and title-holder of property* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 1.11, p. 7. Voir également la position de la *law commission* écossaise sur ce point : « *We have drawn an important distinction between what may be called 'active' and 'passive' capacity, that is between capacity to perform civil acts having legal effect and capacity simply to hold rights* », *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987, para. 3.22, p. 14. Section 1(3)(e) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>4</sup> « *It may be better to say not that a pupil lacked personality but that in general he or she lacked capacity to act so as to bind him or her* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 1.11, p. 7.

au mineur la jouissance des droits qui lui sont reconnus dès la naissance. La protection du mineur étant par ailleurs suffisamment assurée par l'incapacité à exercer les droits qui sont les siens. Comme en en droit français, le droit écossais utilise le mécanisme de représentation légale pour concilier capacité passive de l'enfant et incapacité à s'obliger. Néanmoins, la représentation légale écossaise n'est pas pour autant claquée sur ce mécanisme tel qu'il existe en droit français, dans la mesure où le droit écossais a intégré à cette institution de droit romain, des concepts tirés de la *common law* <sup>1</sup>.

## *2. La consécration juridique de l'incapacité naturelle du mineur en droit anglais*

**68.** L'étude de la nature de l'incapacité du mineur en **droit anglais** nous conduit à mettre en exergue une différence fondamentale entre les systèmes français et écossais d'une part, et le système anglais d'autre part. Celle-ci tient notamment à l'absence dans ce dernier d'une véritable structure juridique organisant l'accès des incapables mineurs à la vie juridique <sup>2</sup>. Le traitement en droit anglais de la condition juridique du mineur révèle une différence d'approche fondamentale quant à la notion même d'incapacité de l'enfant et quant aux moyens d'y remédier <sup>3</sup>. Ainsi, le droit anglais ne connaît pas la distinction entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. En effet, si dans les droits français et écossais la capacité de l'enfant à être titulaire de droits, quelques rares incapacités de jouissance mises à part <sup>4</sup>, ne fait plus aucun doute, en droit anglais la capacité du mineur à être titulaire de droits, faute pour lui de pouvoir matériellement les mettre en œuvre, a suscité encore récemment des controverses doctrinales <sup>5</sup>. Il apparaît en effet que le droit anglais n'aborde pas la condition juridique du mineur

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 88 et s.

<sup>2</sup> Voir en ce sens V. Fère, *Le mineur sa condition générale et sa capacité contractuelle dans le droit anglais*, thèse 1923 Paris Librairie Moderne de droit et de jurisprudence E. Sagot & Cie 1923, p. 74.

<sup>3</sup> « *C'est par un processus essentiellement pratique que le droit anglais a remédié aux effets de l'incapacité pris pour ainsi dire un à un* », V. Fère, *op. cit.*, p. 73.

<sup>4</sup> Voir *supra* n° 65.

<sup>5</sup> Voir sur ce point notamment M. Freeman, *The Rights and Wrongs of Children*, Frances Pinter 1983 ; A. Bainham, *Children the modern law*, 2<sup>e</sup> éd. Family law 1998, pp. 81-94 ; J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, pp. 3 et s.

en terme d'incapacité mais davantage en terme de droits de l'enfant. Ainsi, le professeur MacCormick a mis en évidence l'opposition radicale qui existe entre deux courants doctrinaux<sup>1</sup>. Pour les partisans de la théorie de la volonté (*will theory*), l'enfant ne peut être titulaire de droits que dans la mesure où il dispose de la capacité naturelle à les exercer directement<sup>2</sup>. Cette théorie a pour conséquence directe et pour son plus grand désavantage, de priver l'*infans* de la capacité à être titulaire de droits, faute pour lui de disposer d'un discernement suffisant pour les exercer. Pour les partisans de la théorie de l'intérêt (*interest theory*), ce qu'il faut comprendre par droits de l'enfant, ce sont ses intérêts juridiquement protégés<sup>3</sup>.

**69.** La théorie de l'intérêt est celle défendue notamment par le professeur Eekelaar<sup>4</sup>. L'auteur met en évidence trois catégories d'intérêts juridiquement protégés, le *basic interest*<sup>5</sup>, le *developmental interest*<sup>6</sup> et l'*autonomy interest*<sup>7</sup>. Ces catégories peuvent potentiellement entrer en opposition, au fur et à mesure du développement de l'enfant, et de son acquisition d'une faculté de discernement, lui permettant alors de prendre des décisions pour lui-même<sup>8</sup>. Ainsi, en vertu de cette théorie, l'enfant peut être titulaire de droits puisque ceux d'autres personnes peuvent être restreints afin qu'il ne soit pas porté atteintes aux intérêts du premier<sup>9</sup>.

**70.** Plus récemment, d'autres classifications des droits de l'enfant ont été proposées en doctrine. Le professeur Freeman a notamment classé les droits de l'enfant en quatre catégories : les droits de l'enfant relatifs à son bien-être (*rights to*

---

<sup>1</sup> N. MacCormick, « Children's rights : a test-case for theories of rights », (1976) 62 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 305.

<sup>2</sup> A. Bainham, *Children the modern law*, 2<sup>e</sup> éd. Family law 1998, p. 83 ; J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 13.

<sup>3</sup> A. Bainham, *op. cit.*, p. 14. Pour plus de détails sur les différentes théories de l'intérêt de l'enfant voir les développements *infra* n° 435.

<sup>4</sup> J. Eekelaar, « The emergence of children's rights », (1986) 6 OJLS 161.

<sup>5</sup> J. Eekelaar, art. préc., pp. 171-172.

<sup>6</sup> J. Eekelaar, art. préc., pp. 172-176.

<sup>7</sup> J. Eekelaar, art. préc., pp. 177-182.

<sup>8</sup> Cette classification des intérêts de l'enfant par le professeur Eekelaar peut être rapprochée de celle qui a été établie en droit français par le doyen Carbonnier dans son article « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles Bruylant 1984 p. 103. Pour plus de détails sur ces différents points voir la recherche de l'intérêt de l'enfant *infra* n° 430 et s.

<sup>9</sup> N. MacCormick, art. préc., p. 313 ; J. Raz, « Legal Rights » (1984) 4 OJLS, p. 13 ; J. Eekelaar, « The emergence of children's rights », (1986) 6 OJLS 161 ; A. Bainham, *op. cit.*, p. 84 ; J. Fortin, *op. cit.*, p. 14.

*welfare*)<sup>1</sup>, les droits de protection (*rights of protection*)<sup>2</sup>, le droit à être traité comme le sont les adultes (*right to be treated like adults*)<sup>3</sup> et enfin les droits qui s'exercent envers les parents (*rights against parents*)<sup>4</sup>. Cette classification quadripartite des droits de l'enfant, nous la retrouvons aujourd'hui synthétisée dans une classification bipartite, mise en évidence par le professeur Bevan<sup>5</sup>. Cette dernière classification nous semble aujourd'hui celle qui permet le mieux de saisir l'opposition fondamentale entre autonomie et protection<sup>6</sup>, qui est au cœur du débat doctrinal relatif aux droits de l'enfant en Angleterre. Le caractère attrayant de cette classification ne se limite pas à la simplicité qu'offre une classification en deux catégories. En outre, celle-ci a l'avantage de nous permettre de comparer cette catégorisation, à la distinction opérée en droit français entre capacité de jouissance et capacité d'exercice. En effet, le professeur Bevan met en premier lieu en évidence les droits de l'enfant de nature protectrice (*protective rights*)<sup>7</sup>. Ce sont ceux qui englobent la satisfaction de ses besoins élémentaires. L'enfant en est créancier à l'égard de la société dans son ensemble, qu'il dispose ou non de la capacité naturelle à les mettre en œuvre. S'il n'est pas doué de discernement, il appartiendra alors aux titulaires de la responsabilité parentale de les faire respecter, non pas en vertu d'un pouvoir de représentation mais en vertu de leur qualité de protecteur de l'intérêt de l'enfant<sup>8</sup>, laquelle dépend de l'exercice de la responsabilité parentale<sup>9</sup>. La seconde catégorie des droits de l'enfant retenue par le professeur Bevan, est celle des droits auto-déterminés (*self-assertive rights*)<sup>10</sup>, « qui sont d'inspiration plus récente et qui illustrent la reconnaissance progressive par le droit de la capacité de l'enfant, en tant

---

<sup>1</sup> Dans cette catégorie, le professeur Freeman fait entrer les droits qui ont été affirmés par la Convention internationale sur les droits de l'enfant, ainsi que le droit de l'enfant à recevoir les bienfaits de la société tels que l'éducation, le bénéfice d'un système de santé..., voir M. Freeman, *The Rights and Wrongs of Children*, Frances Pinter 1983, pp. 40-43. Voir également pour une synthèse A. Bainham, *Children the modern law*, 2<sup>e</sup> éd. Family law 1998, p. 88.

<sup>2</sup> Dans cette catégorie, l'auteur fait entrer le droit de l'enfant à être protégé des comportements abusifs d'autres personnes : parents, employeurs. Voir M. Freeman, *op. cit.*, pp. 43-45. Voir également pour une synthèse A. Bainham, *op. cit.*, p. 88.

<sup>3</sup> L'idée ici étant que les Droits de l'Homme en général doivent s'appliquer de la même manière à l'enfant, sans discrimination liée à l'âge. Voir M. Freeman, *op. cit.*, p. 88-89.

<sup>4</sup> Cette catégorie vise le droit de l'enfant à l'auto-détermination pour la prise de décisions le concernant. Ce droit peut parfois entrer en conflit avec le droit des parents à exercer un contrôle sur la vie de leur enfant. Voir M. Freeman, *op. cit.*, p. 89.

<sup>5</sup> H. K. Bevan, *Child law*, Londres Butterworths 1989, p. 11

<sup>6</sup> Voir sur ce point J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 17.

<sup>7</sup> H. K. Bevan, *op. cit.*, para. 1.14 et s., pp. 11 et s.

<sup>8</sup> Voir *infra* n° 83 et s.

<sup>9</sup> Voir *supra* n° 21 et s.

<sup>10</sup> H. K. Bevan, *op. cit.*, para. 1.14 et s., pp. 11 et s.

*qu'individu, à faire ses propres choix* »<sup>1</sup>. Cette catégorie de droit vise à reconnaître à l'enfant des droits identiques à ceux de adultes<sup>2</sup>, qu'il pourra exercer de manière autonome au fur et à mesure de son acquisition des facultés de discernement nécessaires à leur mise en œuvre. Ainsi, à la différence des solutions retenues dans les droits français et écossais, le droit anglais lie directement la capacité d'exercice de l'enfant à sa capacité naturelle à l'exercer.

**71.** Le droit anglais des incapacités est tout entier compris dans l'opinion de Lord Scarman dans l'affaire de principe en la matière<sup>3</sup>. Les principes posés dans l'arrêt Gillick ont vocation à régir la condition juridique du mineur en droit anglais dans son ensemble et ne sauraient être limités au domaine médical<sup>4</sup>. Ainsi, « *dès lors que l'enfant dispose du discernement et de l'intelligence suffisants il dispose par conséquent de la capacité légale et du droit d'accomplir des actes juridiques...* »<sup>5</sup>. Le pouvoir parental corrélatif d'action prend fin par conséquent de manière automatique, au fur et à mesure de l'acquisition par l'enfant, de la capacité naturelle à exercer ses droits<sup>6</sup>.

**72.** Si dans les droits français et écossais, capacité naturelle et capacité juridique ne coïncident pas toujours, en droit anglais, au contraire, la capacité juridique d'exercice est étroitement liée à la capacité naturelle de l'enfant à exercer les droits qui sont les siens. Cette distinction fondamentale quant à la nature de l'incapacité explique notamment que le droit anglais, à la différence des droits écossais et français, n'ait pas eu recours à un mécanisme général visant à permettre l'accès du mineur à la vie juridique. Le mineur anglais est par conséquent acteur, dans certaines limites, dès lors qu'il disposera de l'intelligence suffisante pour agir.

---

<sup>1</sup> H. K. Bevan, *Child law*, Londres Butterwoths 1989, para. 1.15, p. 11.

<sup>2</sup> Ici sont visés les droits de l'Homme et les libertés fondamentales tels qu'ils ont été affirmés par la CEDH notamment. Voir H. K. Bevan, *op. cit.*, para. 1.15, p. 12.

<sup>3</sup> « *Les droits parentaux cèdent devant le droit de l'enfant de prendre ses propres décisions lorsque celui-ci a atteint une compréhension et une intelligence suffisante pour se faire sa propre opinion sur le problème en question* », « *parental rights yields to the child's rights to make his own decision when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision* », *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 855, [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402.

<sup>4</sup> Voir *infran*° 254.

<sup>5</sup> « *Once the child has the requisite understanding and intelligence he has the legal capacity and the right to enter into legal relationships...* », H. K. Bevan, *op. cit.*, para. 1.16, p. 13.

<sup>6</sup> H. K. Bevan, *op. cit.*, para. 1.16, p. 13.

**73.** Ainsi, en droit anglais, le traitement juridique de l'incapacité, dont la finalité est également la protection du mineur, ne passe pas par la représentation légale<sup>1</sup>. L'incapacité du mineur anglais n'est pas comprise comme une incapacité juridique à agir, mais davantage comme une incapacité à se nuire par ses actes<sup>2</sup>. Cette différence dans la conception même de l'incapacité explique notamment qu'en droit anglais, seul un nombre très limité d'actes conclus par le mineur sont nuls de plein droit<sup>3</sup>, les autres étant seulement annulables si la preuve peut être rapportée de leur caractère dommageable pour le mineur<sup>4</sup>.

**74.** Dans les droits écossais et français en revanche, à défaut pour le mineur de se voir reconnaître, sauf exception, la capacité juridique à exercer ses droits, un palliatif de l'incapacité a dû être instauré afin que l'incapacité d'exercice qui le frappe ne conduise pas à une incapacité de jouissance.

## §2 *Le palliatif de l'incapacité d'exercice : la représentation*

**75.** Dans les droits français et en droit écossais, le mécanisme de représentation légale vient pallier l'incapacité du mineur et permettre la mise en œuvre de ses droits. Ainsi, le mécanisme juridique de la représentation légale est compris comme un mécanisme protecteur de l'incapable<sup>5</sup>. Dans ces deux systèmes, ce mécanisme trouve ses racines dans le *negotiorum gestio* de droit romain<sup>6</sup>. Le pouvoir de l'exercer était alors confié au père en vertu des droits tirés de l'exercice

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 83 et s.

<sup>2</sup> Voir sur ce point V. Fere, *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle en droit anglais*, thèse Paris 1923, p. 78.

<sup>3</sup> Sur ce point voir *infra* n° 296 et s. La distinction existant en droit anglais relative aux conditions dans lesquelles un acte est nul (*void*) ou annulable (*voidable*) ne recouvre pas celle existant en droit français entre la nullité absolue et nullité relative. Cependant les effets sur l'acte sont identiques et conduisent à son anéantissement rétroactif.

<sup>4</sup> Voir sur ce point V. Fere, *op. cit.*, p. 78. Ainsi, la validité d'un contrat passé par le mineur dépendra seulement de l'absence de dommage qu'il lui cause, K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to comparative law*, 3<sup>e</sup> éd. Oxford Clarendon Press 1998, p. 436. Pour plus de détails sur la sanction des actes passés par le mineur au mépris de son incapacité voir *infra* n° 283 et s.

<sup>5</sup> Voir notamment sur ce point J. Carbonnier, *Droit civil 1/ Les personnes. Personnalité, incapacité, personnes morales*, Themis PUF 1992, pp. 146-147. Voir également *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987, para. 3.16, p. 13 ; A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.30 p. 490.

<sup>6</sup> Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil. Les personnes, la personnalité, les incapacités*, 8<sup>e</sup> éd. par F. Laroche-Gisserot, Montchrestien 1997, p. 162.

de la *patria potestas*<sup>1</sup> et trouvait sa justification dans la nécessité de « *protéger la personne et les biens de celui qui n'a pas encore atteint l'âge et le discernement auxquels il peut être attendu de lui qu'il prenne la pleine responsabilité d'assurer la protection de ses intérêts, et une indépendance d'esprit propre aux adultes* »<sup>2</sup>. Si des spécificités apparaissent notamment lorsqu'il est question de déterminer les pouvoirs et la responsabilité des représentants légaux (A), les deux systèmes se rejoignent néanmoins aujourd'hui dans la garantie accordée à l'enfant de se voir reconnaître une place plus importante dans la mise en œuvre à son égard, du mécanisme de la représentation (B).

#### A. Les conceptions de la représentation de l'enfant

**76.** L'accès de l'enfant à la vie juridique est organisé en droit français et en droit écossais par le mécanisme de la représentation. Si les fondements de ce mécanisme sont communs aux deux systèmes, les spécificités nationales et notamment sa combinaison en droit écossais avec des principes tirés de la *common law*, ont accru leurs différences. La notion de *legal representation* qui existe en droit anglais ne désigne quant à elle, que la faculté de représenter l'enfant dans une procédure judiciaire<sup>3</sup>. L'étude des conceptions de la représentation nous conduit à envisager d'abord la notion de représentation légale en droit français (1), pour ensuite étudier à la lueur du droit anglais la notion de *legal representation* telle qu'elle existe en droit écossais (2).

---

<sup>1</sup> Voir notamment Stair, *The Institutions of the law of Scotland*, réédités par D. M. Walker, The University Press of Edimbourg and Glasgow 1981, p. 124 ; A. E. Anton, « Parent and child », *An introduction to Scottish legal History* (Stair Society vol. 20), p. 119.

<sup>2</sup> « *The underlying consideration was the necessity (...) to provide for the protection of the person and the management of the affairs of those who have not reached an age and discretion at which they can be expected to take full responsibility for the protection of their own interests and act with the independence attributed to adults* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.30, p. 490.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 83 et s.

## 1. La représentation légale

**77.** L'incapacité d'exercice qui frappe le mineur l'empêche de faire un acte juridique valable. Il appartient alors à son représentant légal d'agir en son nom et pour son compte. Ainsi la représentation telle qu'elle est appliquée en **droit français** se définit comme le mécanisme « *par lequel le représentant effectue un acte juridique au nom et pour le compte d'une autre personne, le représenté (...) cette technique se caractérise par l'intervention d'un représentant auteur de l'acte qui engage un représenté titulaire des prérogatives exercées* »<sup>1</sup>. La représentation légale appliquée à l'enfant est ainsi d'une nature particulière. En effet, celle-ci dépend de la manière dont le pouvoir de représentation a été transmis. Comme le rappelait le doyen Carbonnier<sup>2</sup> : « *le pouvoir est l'élément juridique extérieur qui donne effet à la volonté du représentant sur le patrimoine du représenté. Le représentant peut avoir reçu son pouvoir soit de la loi, soit d'un contrat (mandat) passé, précisément à cette fin, entre le représenté et lui* ».

**78.** La représentation de l'enfant par ses parents est d'origine légale, l'alinéa premier de l'article 389-3 du Code civil dispose en effet : « *l'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorisent les mineurs à agir eux-mêmes* ». La particularité de cette représentation légale appliquée à l'enfant tient notamment à l'étendue des pouvoirs ainsi conférés au représentant.

De manière générale, l'effet de la représentation conduit à l'effacement de la personne du représenté derrière celle du représentant. Ainsi, les pouvoirs exercés par le représentant sont ceux que le représenté aurait pu exercer s'il avait agi seul. Les pouvoirs du représentant peuvent donc être limités de deux manières : soit de manière conventionnelle lorsque le pouvoir de représentation trouve son origine dans un contrat, soit, lorsque l'origine de celui est légale, par les droits du représenté. Ce schéma de fonctionnement ne s'applique pas à la représentation légale appliquée à l'enfant. Comme l'a fait remarquer le professeur Hauser « *si c'est bien, dans le principe les droits de l'enfant que les administrateurs exercent, l'étendue de ces*

---

<sup>1</sup> M. Storck, *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ 1982, p. 69.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Droit civil/4 Les obligations*, Coll. Thémis, Droit privé PUF 16<sup>e</sup> éd. 1992, p. 228.

*droits n'est pas pour autant déterminé par le seul critère de ceux de l'enfant parce qu'intervient un facteur propre, qui est l'autorité parentale »*<sup>1</sup>.

Ainsi, à la différence des pouvoirs conférés au représentant *ad hoc* de l'enfant<sup>2</sup>, les pouvoirs de ses représentants légaux ne sont jamais limités par ceux du représenté. C'est la raison même d'exister de ce mécanisme. Le contraire conduirait à priver l'enfant de ses droits à défaut de pouvoir les exercer directement et indirectement. Les pouvoirs du représentant légal portent donc « *à la fois sur les droits propres du représenté, selon le schéma classique de la représentation, mais aussi sur les droits spécifiques et généraux du parent que la loi lui attribue en dehors de toute représentation spéciale* »<sup>3</sup>.

**79.** Par le biais de la représentation légale, l'enfant va pouvoir accéder à la vie juridique. En effet, ses représentants qui agissent en son nom et pour son compte, vont pouvoir l'engager par des actes qui produiront des effets directement sur sa personne ou sur ses biens. Lorsque la représentation est d'origine conventionnelle, seule la volonté du représenté l'engage. Sa volonté est apportée à l'acte par l'intermédiaire du représentant, et dans cette hypothèse, la représentation ne constitue pas une dérogation au principe de l'autonomie de la volonté.

Cette approche ne peut toutefois s'appliquer à la représentation légale de l'enfant par ses parents. En effet, « *il est devenu courant, en tout pays d'accorder la valeur efficiente à la volonté du représentant* »<sup>4</sup>. Dans le mécanisme de la représentation légale, une seule volonté est exprimée, celle du représentant. Cependant « *il n'y a de représentation que si le représentant a eu l'intention d'agir pour le compte du représenté* »<sup>5</sup>. Un acte juridique va être réalisé sur la tête du mineur alors qu'il n'aura pas émis la volonté qui va former le contrat ou l'acte juridique en question. En effet, si le mineur est considéré comme une personne à protéger contre les autres mais surtout contre elle-même, il ne peut être engagé par sa propre volonté quand bien même elle serait exprimée par son représentant légal. L'enfant

---

<sup>1</sup> J. Hauser, « De la nature juridique de la représentation des mineurs (à propos de Cass. ch. mixte 9 févr. 2001) », *RJPF*, 6 juin 2001, p. 7.

<sup>2</sup> Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *J.C.P. G* 2001, II, 10514 note Fossier ; *RJPF* avril 2001, 21 note P. Guerder ; *RJPF* juin 2001, 6, note J. Hauser ; *Dr. fam* mai 2001, 22 note A. Gouttenoire-Cornut ; J. Hauser, « L'enfant contre ses parents : l'opposition d'intérêts ne crée pas un intérêt justifiant la tierce opposition », *RTDciv.* 2001, 333, n° 7 ; M. Bruggeman, « Droit d'action du mineur et administrateur *ad hoc*, note sous Cour de cassation, Chambre mixte 9 février 2001 », *RDSS* 2001, 833.

<sup>3</sup> J. Hauser, « De la nature juridique de la représentation des mineurs (à propos de Cass. ch. mixte 9 févr. 2001) », *RJPF*, 6 juin 2001, p. 7.

<sup>4</sup> J. Carbonnier, *Droit civil: Les obligations*, t. 4, PUF, coll. Thémis, 16<sup>e</sup> éd. 1992, p. 235.

<sup>5</sup> J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 229.

ne décide pas pour lui-même. C'est bien la volonté du représentant légal exprimée au nom de l'enfant et pour son compte qui engagera ce dernier, comme si cette volonté avait été sienne. Par le jeu de la représentation légale, un contrat va pouvoir produire ses effets dans le patrimoine où sur « *une personne qui n'y a pas été présente par son consentement* »<sup>1</sup>.

**80.** Le jeu du mécanisme de représentation nécessite un contrôle accru des actes de gestion ainsi accomplis par l'administrateur légal. Ainsi, la responsabilité de ce dernier pourra être engagée tout comme le serait celle d'un tuteur<sup>2</sup>. L'action en responsabilité est ouverte pendant la minorité de l'enfant, après désignation par le juge des tutelles<sup>3</sup> d'un administrateur *ad hoc* pour le représenter<sup>4</sup>. Par ailleurs, l'action « *se prescrit par cinq ans à compter de la majorité, lors même qu'il y aurait eu émancipation* »<sup>5</sup> à l'égard du jeune majeur. L'administrateur légal est ainsi tenu d'administrer les biens de l'enfant « *en bon père de famille et [il] répondra des dommages et intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion* »<sup>6</sup>. Son attitude au regard de la gestion de son propre patrimoine ne constitue par une référence pour déterminer la responsabilité de l'administrateur légal<sup>7</sup>. Les pouvoirs liés à l'administration légale n'ont d'autre but que la protection des biens de l'enfant, la référence au standard objectif du bon père de famille participe à ce titre à la protection des intérêts de celui-là<sup>8</sup>.

**81.** La représentation légale en droit français consacre l'effacement total de la personne du mineur derrière celle de ses représentants. L'enfant ne contrôle rien de ce qui va être décidé pour lui. Il ne peut moduler de sa propre initiative l'étendue du pouvoir de représentation que ses parents exercent sur sa personne ou sur ses

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Droit civil: Les obligations*, t. 4, PUF, coll. Thémis, 16<sup>e</sup> éd. 1992, p. 234.

<sup>2</sup> Voir sur ce point J. Massip, *Les incapacités [étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 118, p. 125.

<sup>3</sup> En vertu de l'article 395 du Code civil le juge des tutelles « *exerce une surveillance générale sur les administrations légales et les tutelles de son ressort* ». Ce pouvoir de surveillance trouve difficilement à s'exercer sur les administrations légales pures et simples dans la mesure où il ne sera pas nécessairement informé du fait qu'un enfant dispose de biens, avant qu'une autorisation d'agir lui soit demandée par un administrateur légal diligent. Toutefois son rôle dans les administrations légales sous contrôle judiciaire apparaît « *particulièrement important* » dans la mesure où il en est « *le seul organe de contrôle* », J. Massip, *Les incapacités [étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 344, p. 258.

<sup>4</sup> Sur la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant voir *infra* n° 117 et s. Dans le cadre d'une instance voir n° 564 et s. et n° 745 et s.

<sup>5</sup> Art. 475 du Code civil.

<sup>6</sup> Art. 450 du Code civil.

<sup>7</sup> J. Massip, *Les incapacités [étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 118, p. 125.

<sup>8</sup> Les droits anglais et écossais utilisent également le standard de la personne prudente et diligente, lorsqu'il sera question d'apprécier l'existence d'une faute de gestion de la part de l'administrateur. Voir *infra* n° 86.

biens. Cette approche de la représentation de l'enfant met en évidence son absence d'autonomie dans la réalisation des actes qui le concernent, puisqu'il « *n'émet pas lui-même la volonté qui formera le contrat* »<sup>1</sup>. Cet effacement de la personne de l'enfant derrière celle de ses représentants légaux a été voulu dans un but de protection de l'enfant, avec l'idée qu'il est incapable d'émettre une volonté suffisamment protectrice de sa personne ou de ses intérêts. L'effacement de la personne de l'enfant dans le mécanisme de la représentation légale s'avère à nos yeux, incompatible avec le respect de la parcelle d'autonomie que notre société semble prête à lui reconnaître.

## 2. La legal representation

**82.** En **droit anglais** et en **droit écossais**, la majorité est fixée à dix-huit ans<sup>2</sup>. En vertu des principes de *common law* l'enfant est juridiquement incapable tant qu'il n'a pas atteint la majorité. Si les parents de l'enfant sont chargés de protéger ses intérêts et son bien-être pendant sa minorité, cela ne passe pas nécessairement par un mécanisme de représentation. En effet, la représentation légale telle qu'elle existe en droit français et en droit écossais n'a pas d'équivalent en droit anglais<sup>3</sup>.

En *common law*, la notion de *representation* est différente de celle que nous désignons par le même terme en droit français. En effet, en droit français la représentation est le mécanisme « *par lequel le représentant effectue un acte juridique au nom et pour le compte d'une autre personne, le représenté* »<sup>4</sup>. Ainsi, pour que le mécanisme de représentation puisse jouer pleinement, la volonté d'agir au nom et pour le compte du représenté est essentielle chez le représentant. Si ce dernier n'est

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Droit civil les personnes personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, coll. Thémis, 18<sup>e</sup> éd. 1992, p. 148.

<sup>2</sup> Section 1(1) du *Age of Majority (Scotland) Act 1969*, section 9(1) du *Family Law Reform Act 1969* entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1970. Une seule exception notable cependant, existe à ce principe, le Souverain du royaume n'est juridiquement jamais un mineur, même pendant ses plus jeunes années, et même si la régence a été organisée. Voir sur ce point *Halsbury's Laws of England vol 5(3) Children and Young Persons* 4<sup>e</sup> édition révisée, Londres, Butterworths 2001 para 2, p. 9.

<sup>3</sup> Voir notamment V. Fere, *Le mineur, sa condition générale et sa capacité en droit anglais*, thèse Paris 1923, p. 74.

<sup>4</sup> M. Storck, *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ 1982, p. 69. Sur ce point voir *supra* n° 77 et s.

pas animé d'une telle intention, le représenté ne peut en aucun cas être engagé par le contrat conclu.

**83.** En **droit anglais**, cette restriction n'existe pas. En effet, « *les juristes anglais ne sont pas familiers de cette distinction continentale entre 'agir en son nom personnel' et 'agir au nom d'autrui', et ils ne voient pas pourquoi le principal n'acquiert des droits ou se trouve engagé seulement dans la seconde hypothèse* »<sup>1</sup>. Dans ce système, la forme la plus courante de représentation est celle qui naît du contrat d'*agency*. Par ce contrat, le *principal* donne pouvoir à l'*agent* d'agir pour son compte, et lui permet de l'engager. Ainsi, le *principal* est lié par les actes conclus pour son compte par l'*agent*, que ce dernier ait agi ou n'ait pas agi en son nom. Il devient alors indispensable dans le cadre du contrat d'*agency*, d'encadrer strictement le pouvoir d'action de l'*agent*. Une des conséquences principale de la conception de la *representation en common law*, est qu'il devient alors difficilement concevable qu'une personne puisse détenir à titre général, le pouvoir d'en engager une autre. Le mécanisme de représentation en *common law* repose ainsi exclusivement sur un fondement conventionnel.

**84.** Le mécanisme de représentation légale, en vertu duquel, sur le fondement de dispositions légales, un pouvoir général de représentation est donné au représentant n'a pas d'équivalent. Si le droit anglais donne aux parents le pouvoir d'agir en tant que « *legal representative* » de leur enfant mineur<sup>2</sup>, cette notion ne recouvre pas la même signification que dans les droits français et écossais. En effet, cette notion recouvre principalement le pouvoir d'agir en justice pour le compte de l'enfant et la *common law* désigne les parents comme les premiers titulaires dans l'exercice de cette fonction<sup>3</sup>. En *common law*, « *l'idée générale selon laquelle tous ceux étant considérés comme incapables doivent avoir un 'représentant légal' pour leur permettre de prendre part à la vie juridique, ou même que les*

---

<sup>1</sup> « *English lawyers are not familiar with the distinction drawn on the Continent between acting 'in one's own name' and acting 'in the name of another', and they cannot see why it is only in the latter that the principal acquires rights and liabilities* », K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to comparative law*. 3<sup>e</sup> éd. Oxford Clarendon Press 1998, p. 433.

<sup>2</sup> *Woolf v Pemberton* (1877) 6 Ch D. 19.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 654.

*parents disposent d'un pouvoir général de représenter leurs enfants dans la vie civile ou devant les tribunaux n'existe pas »*<sup>1</sup>.

Aussi, en droit anglais, les parents ne disposent pas d'un pouvoir général de représentation pour la gestion des biens de l'enfant, ou pour la réalisation en son nom d'actes civils. L'ensemble des pouvoirs dont ils sont investis découle directement de l'exercice par eux, de la responsabilité parentale sur l'enfant. Par conséquent, ces pouvoirs se rapprochent davantage de ceux d'un simple gestionnaire, qui engage sa responsabilité pour sa gestion, que de ceux d'un représentant légal au sens du droit français.

**85.** Les pouvoirs parentaux dans la gestion des biens de l'enfant en droit anglais, sont ceux d'un tuteur<sup>2</sup>. La section 3(2) du *Children Act 1989* définit la responsabilité parentale dans son application à la gestion des biens de l'enfant comme « *incluant les droits, les pouvoirs et devoirs qu'un tuteur au patrimoine de l'enfant (...) aurait eu sur l'enfant et ses biens* »<sup>3</sup>. Le *Children Act 1989* poursuit en précisant que ces droits comprennent en particulier « *celui de recevoir ou de recouvrer tout bien quelle que soit sa nature ou sa localisation, en son nom personnel, pour le bénéfice de l'enfant titulaire de l'action* »<sup>4</sup>. La notion de *trust* ne semble alors plus très loin.

**86.** Le *trust* en droit anglais est un mécanisme issu du fonctionnement des règles d'*equity*<sup>5</sup>. Dans le cadre de cette institution, le *trustee* devient propriétaire de biens du *beneficiary*, avec pour mission de les administrer dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire du *trust* et pendant toute sa durée<sup>6</sup>. Le *trustee* est soumis à un certain nombre d'obligations à l'égard du bénéficiaire, lesquelles ont été déterminées par la loi<sup>7</sup> et la jurisprudence<sup>1</sup>. Ainsi, il doit avec célérité entrer en possession des biens

---

<sup>1</sup> « *There is no general idea that all those suffering from incapacity should have a 'statutory representative' to enable them to take part in legal life, or even that parents have a general power to represent their children in business or in the courts* », K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to comparative law*, 3<sup>e</sup> édition, Oxford Clarendon Press 1998, p. 435-436.

<sup>2</sup> *Halsbury's laws of England vol 5(3) Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> édition révisée, Butterworths 2001, para. 135, p. 95.

<sup>3</sup> « *It also include the rights, powers and duties which a guardian of the child's estate (...) would have had in relation to the child and his property* », section 3(2) du *Children Act 1989*.

<sup>4</sup> « *... The right of the guardian to receive and recover in his own name, for the benefit of the child, property of whatever description and wherever situated, which the child is entitled to receive or recover* », section 3(3) du *Children Act 1989*.

<sup>5</sup> *Halsbury's laws of England vol 48 : Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2000 para. 501, p. 343. Pour plus de détails sur le fonctionnement du *trust* en droit anglais voir notamment D. J. Hayton, *Underhill's Law relating to trust and trustee*, 13<sup>e</sup> éd. Londres, Butterworths 1979 ; *Halsbury's laws of England vol 48 : Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2000.

<sup>6</sup> *Halsbury's laws of England vol 48 : Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2000 para. 501, p. 343.

<sup>7</sup> Le fonctionnement du *trust* en droit anglais est organisé par le *Trustee Act 1925*, le *Trustee Investment Act 1961* et le *Trustee Act 2000*.

et procéder à un inventaire des créances et des dettes qui leur sont attachées<sup>2</sup>. Il est notamment soumis à une obligation de fidélité à l'égard du bénéficiaire<sup>3</sup>, ce qui implique qu'il ne puisse agir dans l'intérêt d'un tiers ou dans son propre intérêt<sup>4</sup>. Il est soumis à une obligation de prudence dans son action<sup>5</sup>, à laquelle le *Trustee Act 2000* est venu ajouter un devoir de diligence (*duty of care*) dans l'exercice de certains pouvoirs relatifs à la gestion du *trust*<sup>6</sup>. Ainsi, dans l'administration des biens issus du *trust*, le comportement du *trustee* est apprécié en référence au standard de l'homme raisonnable, voire s'il dispose de compétences particulières de l'homme d'affaire raisonnable<sup>7</sup>. Le *trustee* est également tenu, à l'égard du bénéficiaire, d'une obligation de rendre des comptes<sup>8</sup>, et il sera personnellement responsable de sa gestion. Ainsi, les obligations du *trustee* à l'égard du bénéficiaire, dans le cadre des rapports entre parents et enfant, se comparent davantage aux règles de fonctionnement de la tutelle en droit français, qu'à celle qui régissent l'administration légale.

Il apparaît alors en droit anglais que si le père ou la mère entrent en possession des biens de l'enfant ce n'est qu'au bénéfice de celui-ci, tout comme le *trustee* entre en possession des biens du *beneficiary*, afin de les conserver sous leur contrôle mais séparément de leurs biens personnels. Si les biens ont été donnés à l'enfant ou s'il en hérite, ce qui semble être les hypothèses les plus courantes, les parents deviendront propriétaires en propre de ces biens en vertu d'un *trust* dont l'enfant est le bénéficiaire. Les pouvoirs parentaux seront alors ceux d'un *trustee* sur les biens du *beneficiary*, avec les limites et la responsabilité qui y

---

<sup>1</sup> Voir plus particulièrement les arrêts *Re Hallet's Estate* [1880] Ch D 696 ; *Chapman v. Chapman* [1954] All ER 798 ; *Boardman v. Phipps* [1967] 2 AC 46 ; *Westdeutsche Landesbank v. Islington B. C.* [1994] 3 WLR 938.

<sup>2</sup> *Halsbury's laws of England vol 48 : Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2000 para. 840 et s., pp. 554 et s.

<sup>3</sup> *Ibidem*, para. 844 et s., pp. 556 et s.

<sup>4</sup> Voir notamment *Head v. Gould* [1898] 2 Ch 250 ; *Bray v. Ford* [1896] AC 44.

<sup>5</sup> *Halsbury's laws of England vol 48 : Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2000 para. 846, p. 557.

<sup>6</sup> Section 1(1) du *Trustee Act 2000*. Sont notamment visés les actes qui visent à investir avec les biens du *trust*, l'acquisition de terres, ou encore la délégation de certains pouvoirs d'administration du *trust*. Voir notamment *Halsbury's laws of England vol 48 : Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2000 para. 849, p. 558. Voir également le schedule 1 du *Trustee Act 2000* relatif à la mise en œuvre du *duty of care* par le *trustee*

<sup>7</sup> Voir notamment *Halsbury's laws of England vol 48 : Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2000 para. 846, p. 557. Voir également le schedule 1 du *Trustee Act 2000* relatif à la mise en œuvre du *duty of care* par le *trustee*.

<sup>8</sup> Voir notamment *Halsbury's laws of England vol 48 : Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2000 para. 855 et s., pp. 564 et s.

sont attachées <sup>1</sup>. Dans les autres hypothèses, celles pour lesquelles l'enfant aura acquis des biens grâce aux revenus de son travail, il semble que les parents soient totalement exclus de leur administration. En effet, en *common law*, les parents de l'enfant ne disposent d'aucun droit sur les salaires de leur enfant <sup>2</sup>.

**87.** Ainsi, en *common law*, à aucun moment la personnalité juridique de l'enfant ne s'efface derrière celle de la personne qui agit pour son compte. Le mineur accède donc à la vie juridique d'une autre manière que par la représentation légale. L'action pour le compte de l'enfant ne sera possible que dans la limite des pouvoirs qui sont conférés à un *trustee*. Si le mineur de *common law* est bien frappé d'une incapacité juridique, celle-ci est largement battue en brèche en pratique au fur et à mesure de sa capacité naturelle à agir <sup>3</sup>. Cette spécificité se retrouve aussi bien dans la réalisation d'actes de la vie civile que dans l'accès du mineur à la justice.

**88.** La *legal representation* en **droit écossais** se rapproche de la représentation légale française dans son fondement et ses origines <sup>4</sup>. Néanmoins, cette notion en droit écossais intègre les limites et les responsabilités attachées à l'institution du *trust* de droit anglais. Avant l'entrée en vigueur du *Children (Scotland) Act 1995*, les rapports juridiques entre parents et enfant étaient réglés par l'institution de *tutary* <sup>5</sup>. Les pouvoirs du *tutor* dans la gestion du patrimoine de l'enfant étaient alors régis par les dispositions relatives au *trust* <sup>6</sup>. Cette association entre les dispositions relatives à la *tutary* et celles qui sont relatives au *trust* a pu sembler paradoxale à certains auteurs <sup>7</sup>. En effet, les *tutors*, pas plus que les

---

<sup>1</sup> Les droits parentaux dans la gestion des biens de leur enfant mineur sont calqués sur les dispositions qui s'appliquent à la tutelle (*guardianship*) ; il est établi que « *la tutelle est une fonction qui relève du trust* », et qu'en *equity* « *le tuteur se trouve dans la même situation qu'un trustee* ». Voir sur ce point *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, para. 148, p. 103.

<sup>2</sup> Voir sur ce point N. Lowe & G. Douglas, *Bromley's family law*, 9<sup>e</sup> éd. Londres Butterworths 1998, p. 365. Voir l'arrêt *William v Douulton* [1948] 1 All ER 603. Dans cette affaire il a été jugé que les salaires sont des revenus qui appartiennent en propre à l'enfant. « *Wages are 'income' to which the son was 'entitled in his own right' within the meaning of the Finance Act 1920, s. 20(3)* ».

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 65 et s.

<sup>4</sup> Les racines du droit écossais sont tirées du droit romain au même titre que celles du droit français. Voir notamment sur ce point Stair, *The Institution of the law of Scotland 1683*, rééditées par D. M. Walker, The university Press of Edimbourg and Glasgow 1981. Voir également *The Laws of Scotland. Stair memorial encyclopaedia vol. 10 Family law*, The Law Society of Scotland, Butterworths Edimbourg 1990.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 24.

<sup>6</sup> Le *Trust Scotland Act 1921*, le *Trust Scotland Act 1961* et le *Trust investment Act 1961*. Voir notamment sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 15.34, p. 492.

<sup>7</sup> Sur ce paradoxe voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 15.34, p. 492.

représentants légaux aujourd'hui, n'étaient investis d'un droit de propriété sur les biens de l'enfant. Or, c'est ce droit de propriété qui est « *l'essence même du trust* »<sup>1</sup> et qui fonde le pouvoir d'action du *trustee* sur le patrimoine du *beneficiary*. Ce paradoxe est aujourd'hui résolu dans la mesure où, les pouvoirs des représentants légaux ne sont plus définis par rapport à ceux du *trustee*<sup>2</sup>, le seul guide de leur action est la protection de l'intérêt de l'enfant. Il apparaît néanmoins qu'une certaine analogie demeure, laquelle est fondée sur la relation de confiance qui s'instaure entre le représentant légal et l'enfant<sup>3</sup>.

**89.** Certes, aujourd'hui, avec l'entrée en vigueur du *Children (Scotland) Act 1995*, les pouvoirs des représentants légaux ne sont plus expressément régis par les dispositions relatives au *trust* pour la détermination de leurs pouvoirs dans la gestion du patrimoine de l'enfant. Cependant, il apparaît que ces dispositions restent pertinentes, lorsqu'il est question de déterminer la responsabilité des représentants légaux, pour les actes de gestion accomplis. En effet, « *les règles de responsabilité du trustee posées en common law peuvent être utilisées de manière pertinente par analogie dans les rapports entre l'enfant et ses représentants légaux dans la mesure où ces derniers, ainsi que les trustees, sont investis de leurs pouvoirs essentiellement sur la base d'une relation de confiance* »<sup>4</sup>. Cette analogie se trouve expressément confirmée par le fait que les dispositions *Children (Scotland) Act 1995*, relatives à la gestion des biens de l'enfant par ses représentants légaux, se rapprochent des règles applicables aux actes réalisés par le *trustee*<sup>5</sup>. En effet, les représentants légaux, comme les *trustees*, faute pour eux d'agir selon le standard objectif de l'homme raisonnable<sup>6</sup> pourront

---

<sup>1</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.34, p. 492

<sup>2</sup> Les pouvoirs du *trustee* étaient définis de manière très détaillée par les dispositions légales relatives au *trust*. Désormais, avec la fin de cette analogie les pouvoirs des représentants légaux sont définis de manière beaucoup plus générale, et seule compte la protection de l'intérêt de l'enfant.

<sup>3</sup> « *Nevertheless these terms create, it is conceived, a trust-like, that is to say a fiduciary relationship between the legal representative and the child* » A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 15.34, p. 493.

<sup>4</sup> « *The Common law liability of trustee do (...) provide an apt analogy with the situation of the legal representative and child, for both trustee and legal representative are in an essential fiduciary position in relation to their charges* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, p. 499.

<sup>5</sup> Pour plus de détails sur cette analogie voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 15.47, p. 499.

<sup>6</sup> « *As a reasonable and prudent person would act on his own behalf* », section 10(1) du *Children (Scotland) Act 1995*. De même le *trustee* sera responsable de sa gestion s'il « *n'exerce pas le degré de diligence qu'un homme d'une prudence ordinaire aurait exercé dans la gestion de ses propres affaires* », « *the trustee failed to exercise that degree of diligence which a man of ordinary prudence would exercise in the management of his own affairs* », Lord Herschell, *Raes v. Meek* (1889) 16 R (H.L.), p. 34.

voir leur responsabilité engagée pour les actes accomplis dans la gestion des biens de l'enfant.

**90.** Les trois systèmes étudiés ne se rejoignent pas dans le traitement juridique de la minorité. Les droits français et écossais comprennent chacun à sa manière la minorité comme une institution qui place l'enfant sous un régime d'incapacité, sauf exception <sup>1</sup>. Le système anglais suit le raisonnement inverse en ne faisant pas du mineur un incapable *a priori*. De manière assez générale, en droit anglais, les mineurs disposent de la capacité juridique ; la seule limite à cette capacité est le fait de se nuire à eux-même. Il appartient alors au juge, en fonction des affaires qui lui sont présentées, de déterminer au cas par cas quelle est l'étendue de la capacité laissée au mineur. Le mineur devient donc un membre actif de la société civile, dans la mesure où il peut s'engager pour lui-même et contracter assez librement. Le droit écossais quant à lui adopte une solution plus générale, en instaurant une émancipation automatique pour tous les mineurs atteignant l'âge de seize ans. Nous verrons donc dans quelle mesure ces régimes préservent l'autonomie du mineur, dans le respect de la protection qui lui est due.

## B. La place du mineur dans la représentation

**91.** La mise en œuvre du mécanisme de représentation permet au mineur d'accéder à la vie juridique dans la mesure où son incapacité est couverte par la volonté émise en son nom et pour son compte par ses représentants légaux. Aujourd'hui, le fonctionnement de ce régime n'apparaît plus consacrer l'effacement total de la personnalité du mineur derrière celle de ses représentants. En effet, sa participation à la mise en œuvre de ce régime a été organisée (1) et des limites ont été posées à son fonctionnement afin de garantir la protection des intérêts du mineur (2).

---

<sup>1</sup> Lorsque la loi ou l'usage l'autorise à agir. Art. 389-3 du Code civil.

### *1. La participation du mineur représenté*

**92.** Dans les systèmes français et écossais, qui organisent l'accès du mineur au droit par le mécanisme de représentation, force est de reconnaître que la manière de concevoir la mise en œuvre de ce régime a évolué. La reconnaissance des droits de l'enfant a notamment conduit à repenser l'exercice de la représentation légale à son égard (a), dans le but de garantir sa participation dans la réalisation des actes juridiques le concernant (b).

#### *a. La reconnaissance des droits de l'enfant*

**93.** La représentation légale est un mécanisme juridique paradoxal qui permet l'accès du représenté à la vie juridique en instaurant son exclusion du processus décisionnel. Le fonctionnement de ce mécanisme à finalité protectrice ne soulève pas d'interrogation particulière lorsqu'il vient prendre le relais d'une incapacité naturelle à agir, notamment à l'égard de l'*infans*. En revanche, celui-ci s'accommode difficilement aux situations de capacité naturelle naissante ou avérée des pré-adolescents et adolescents. Il n'est pas choquant d'exclure de la vie juridique celui qui ne saurait avoir d'opinion quant à la détermination de son intérêt, cela l'est beaucoup plus lorsque l'exclusion concerne une personne qui pourrait, si le droit lui accordait ce pouvoir, agir valablement. La considération pour la personne du mineur dans la mise en œuvre de la représentation légale est allée de pair avec la reconnaissance et l'affirmation de ses droits.

**94.** Durant la période féodale <sup>1</sup>, qui a précédé la réception des principes de droit romain, le statut de l'enfant en **droit écossais**, peut être comparé à celui d'une chose. En effet, il est établi que les enfants des serfs, tout comme leurs parents, étaient la propriété des seigneurs qui en disposaient comme bon leur semblait <sup>2</sup>. Avec la réception des principes de droit romain <sup>1</sup>, le droit écossais

---

<sup>1</sup> Période comprise entre 1400 à 1600.

<sup>2</sup> Voir K. Marshall, « The History and Philosophy of children's rights in Scotland », in A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell,

introduisit la *patria potestas* pour gouverner les relations familiales ; de propriété du seigneur l'enfant devenait propriété du père <sup>2</sup>. Néanmoins, l'exercice de la puissance paternelle sur l'enfant s'est trouvé limité par l'introduction en droit écossais d'une classification duale, inspirée du droit romain, organisant la capacité de l'enfant pendant sa minorité. En effet, la distinction opérée en droit écossais entre le *pupil* <sup>3</sup> et le *minor* <sup>4</sup>, a permis de limiter les pouvoirs qui s'exerçaient sur la personne et les biens de l'enfant, notamment lorsqu'au décès du père ceux-ci étaient mis en œuvre par un tuteur <sup>5</sup>, sans toutefois remettre en cause le pouvoir absolu du *pater familias* dans sa famille <sup>6</sup>. Ainsi, au décès de son père, le *minor* devenait pleinement capable pour la réalisation d'actes relatifs à sa personne et était soumis à un régime de curatelle pour la gestion de ses biens.

**95.** Il apparaît néanmoins, notamment en raison de l'application de ce régime dual d'incapacité, que l'Écosse n'ait pas connu les dérives d'un exercice absolu de la puissance paternelle à l'instar de la situation en France <sup>7</sup>. Avec l'évolution contemporaine de la société écossaise, la mise en œuvre des principes relatifs à l'organisation de l'incapacité de l'enfant, et notamment la distinction entre les *pupils* et les *minors*, n'a pas seulement contribué à encadrer les pouvoirs du tuteur sur l'enfant ; il a en effet aussi permis de limiter dans une mesure identique les pouvoirs du père, et par extension ceux des parents, sur leurs propres enfants <sup>8</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Harvey v. Harvey* <sup>9</sup>, le déclin du pouvoir paternel sur les enfants *minors*, est clairement mis en évidence. Il apparaît alors que ce pouvoir ne peut être

---

Edimbourg 2001, para. 2.5, p. 12. L'auteur cite Sir G. Nicholls, *A History of the Scotch Poor Law in Connection with the Condition of the People*, (John Murray, 1856), p. 4.

<sup>1</sup> Au XVI<sup>e</sup> siècle, voir sur ce point S. G. Kermack, *The law of Scotland. Source and juridical organisation*, Travaux de l'Académie internationale de droit comparé Série I fasc. 2, Librairie du Recueil Sirey 1933, p. 28.

<sup>2</sup> « *It amounted to ownership of the child as a piece of property and extended even to the power to put the child to death* », K. Marshall, « The History and Philosophy of children's rights in Scotland », in A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 2.9, p. 13.

<sup>3</sup> La fille de la naissance à douze ans et le garçon jusqu'à quatorze ans.

<sup>4</sup> La fille de douze ans à la majorité et le garçon de quatorze ans à la majorité.

<sup>5</sup> K. Marshall, art.préc., para. 2.11, p. 13.

<sup>6</sup> L'exercice des pouvoirs tirés de la *patria potestas* ne pouvait être limité que lorsqu'il faisait encourir à l'enfant un danger physique ou moral. Voir notamment A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 1.21, p. 11. Ainsi, comme en droit français, la protection de l'enfant contre les comportements abusifs au sein de sa famille a toujours été garantie en droit écossais.

<sup>7</sup> Voir *infra* n° 96 et s.

<sup>8</sup> Voir notamment *Harvey v. Harvey* (1860) 22 D 1198.

<sup>9</sup> 22 D 1198.

exercé dans un autre but que « *le bénéfice, l'assistance et le bien-être de l'enfant* »<sup>1</sup>. Par ailleurs, il peut y être mis un terme très facilement, soit de manière contraignante en raison de l'incapacité du père à exercer ses pouvoirs dans l'intérêt de l'enfant, soit par l'abandon volontaire par celui-ci de ses prérogatives<sup>2</sup>. L'évolution historique du droit écossais applicable à la condition juridique du mineur nous montre comment le droit des incapacités a permis de limiter le caractère absolu des pouvoirs parentaux. Ainsi, il apparaît que les dispositions organisant l'incapacité du mineur ont, petit à petit, pris l'avantage sur l'exercice des droits parentaux, notamment lorsque leur mise en œuvre s'exerçaient à l'égard de *minors*. Cette approche du droit écossais qui fait décliner le pouvoir parental au fur et à mesure de l'acquisition par l'enfant d'une capacité naturelle à exercer ses droits, se retrouve également en droit anglais<sup>3</sup>, mais n'a jamais été véritablement consacrée en droit français.

**96.** En **France**, dans l'Antiquité, en vertu des principes tirés du droit romain, l'enfant était également considéré comme un objet propriété du père<sup>4</sup>, dont ce dernier pouvait disposer « *comme des autres produits de son activité* »<sup>5</sup>. La *patria potestas* était en théorie illimitée, n'appartenait jamais à la mère et pouvait être exercée sur l'enfant bien après sa majorité<sup>6</sup>. Sous l'Ancien Régime, la *patria potestas* a également servi à justifier les demandes arbitraires d'enfermement des enfants par leurs pères<sup>7</sup>, quand ceux-ci venaient troubler la tranquillité familiale. À la différence du droit écossais, dont les dispositions relatives à la capacité des *minors*, ont permis de faire décliner l'exercice du pouvoir paternel sur la personne de l'enfant, le droit français n'a pendant longtemps, pas connu de garde-fou en la matière.

---

<sup>1</sup> « *Benefit, guidance and comfort of the child* », K. Marshall, « The History and Philosophy of children's rights in Scotland », in A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 2.17, p. 15.

<sup>2</sup> Voir notamment sur ce point K. Marshall, *op. cit.*, para. 2.17, p. 15.

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 68 et s.

<sup>4</sup> Il apparaît en effet que la *patria potestas* s'analyse en droit romain comme un dérivé du droit de propriété. Voir en ce sens J.-F. Chassaing, « Famille romaine, famille chrétienne », *La famille*, sous la direction de J. Bouineau, Centre d'Études internationales sur la romanité, L'Harmattan 2006, p. 193.

<sup>5</sup> G. Raymond, « La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *J.C.P. G*, 1990, I, 3451, n° 1.

<sup>6</sup> J.-F. Chassaing, art. préc., p. 193.

<sup>7</sup> Nous pouvons penser par exemple au couvent, pour les filles plus particulièrement, ou aux demandes d'emprisonnement par lettres de cachet.

**97.** Les idées des Lumières ont largement contribué au changement des mentalités. On retrouve notamment dans *L'Émile* de J-J. Rousseau, une certaine notion d'autonomie de l'enfant <sup>1</sup> ; de même, les législateurs de la Révolution ont voulu combattre « *la tyrannie domestique* » <sup>2</sup>, notamment en cherchant à abolir le caractère illimité de la puissance paternelle en la soumettant à un contrôle des tribunaux.

**98.** L'œuvre du Code civil de 1804, est en retrait sur ce point par rapport au droit révolutionnaire, sans cependant effectuer un réel retour en arrière. Il consacre sans aucun doute une certaine avancée tout en réaffirmant la puissance paternelle. Certes, l'enfant n'est plus considéré comme un objet, son père n'a plus droit de vie ou de mort sur sa personne ; cependant, le *pater familias* concentre tous les pouvoirs sur l'enfant entre ses mains, et il retrouve certaines prérogatives liées au pouvoir de faire enfermer l'enfant, en prison ou dans des maisons de correction <sup>3</sup>. Cependant, à l'instar de l'évolution en droit écossais, une certaine notion d'intérêt de l'enfant peut néanmoins être mise en évidence. Comme le rappelle Mme le professeur J. Rubellin-Devichi « *la puissance paternelle a été consacrée par le Code de 1804 comme une prérogative apparemment discrétionnaire entre les mains du père, mais les auteurs s'accordent pour dire que la puissance paternelle était comprise dans l'intérêt de l'enfant, et que l'on s'en rapportait au père pour son bon usage* » <sup>4</sup>.

**99.** Au cours de la période d'industrialisation, compte tenu, entre autres, du besoin de main d'œuvre, la condition de l'enfant s'est par la suite dégradée. Ce n'est que vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle que des lois visant à protéger l'enfant contre les adultes ont été adoptées ; nous pouvons citer ici les lois « *sur le travail des enfants, sur le contrat d'apprentissage, sur la surveillance des nourrices ou encore sur l'école obligatoire* » <sup>5</sup>. Après 1945, le processus législatif dans ce domaine s'est considérablement accéléré, notamment par l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante et celle du 23 décembre 1958 sur l'assistance éducative.

**100.** Depuis la Déclaration de Genève de 1924, les conventions internationales sur les droits de l'enfant se sont multipliées. Une nouvelle

---

<sup>1</sup> G. Raymond, « La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *J.C.P. G* 1990, I, 3451, n° 1.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Droit civil les personnes personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, coll. Thémis, 18<sup>e</sup> éd. 1992, p. 180.

<sup>3</sup> G. Raymond, art. préc., n° 1, note (4) citant les articles 375 à 389 du Code civil de 1804.

<sup>4</sup> J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *Revue française des affaires sociales* octobre / décembre 1994, p. 159.

<sup>5</sup> J. Rubellin-Devichi, art. préc., p. 158.

déclaration sur les droits de l'enfant a été adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1959. Le texte de référence en la matière reste cependant la Convention internationale sur les droits de l'enfant, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989.

**101.** Ce texte fut ouvert à la signature des États le 26 janvier 1990 à New York. Il a été ratifié par la France, le 6 août 1990, et par la Grande-Bretagne, le 16 décembre 1991. Ces textes consacrent de manière explicite les droits reconnus à l'enfant, et ont suscité une prise de conscience au niveau national dans chacun des systèmes étudiés. Si la position de la France, au regard de l'application de cette Convention en droit interne, n'a été que récemment fixée, l'Angleterre et l'Écosse ont intégré dans leur corps de droit interne, et plus particulièrement dans le *Children Act 1989* et le *Children (Scotland) Act 1995*, les principes majeurs posés par ce texte.

**102.** Pendant longtemps, la jurisprudence française est restée incertaine quant à la force obligatoire des dispositions contenues dans la Convention internationale sur les droits de l'enfant. La Cour de Cassation avait retenu en 1993 <sup>1</sup>, que la Convention internationale sur les droits de l'enfant ne pouvait être invoquée directement en droit interne par les justiciables, dans la mesure où elle ne créait d'obligations qu'à la charge des États parties. Après une décennie de jurisprudence constante <sup>2</sup>, la Cour de cassation a opéré un revirement bienvenu en la matière. En effet, dans un arrêt du 18 mai 2005 <sup>3</sup>, la Cour de cassation a soulevé d'office la violation, par la cour d'appel, des articles 3-1 et 12-2 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Il a en effet été jugé que l'absence de réponse judiciaire à la demande de l'enfant d'être entendu, dans le cadre de la procédure engagée par son père et visant à obtenir la modification de sa résidence, contrevenait aux dispositions de la Convention. Dans cet arrêt, la Cour de cassation, en fondant sa décision directement sur les dispositions de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, consacre l'applicabilité directe de ses articles 3-1 et 12-2 en droit interne français. Elle rejoint ainsi la position médiane,

---

<sup>1</sup> Cass. civ.1<sup>re</sup>, 10 mars 1993, *Bull. civ.*, I, n° 103 ; *J.C.P. G* 1993, I, 3688, n° 4 obs. Rubellin-Devichi ; *D.* 1993, p. 361, note J. Massip.

<sup>2</sup> Voir notamment Cass. civ. 1<sup>re</sup> 2 juin 1993, *Bull. civ.*, I, n° 195. Cass. civ. 1<sup>re</sup> 15 juillet 1993, *Bull. civ.*, I, n° 259 ; *D.* 1994, 191 note Massip ; *J.C.P. G* 1994, I, 3729, n° 1 obs. Rubellin-Devichi ; *J.C.P. G* 1994, II, 22219 note Benhamou ; *RTDciv.* 1993, 814 obs. Hauser.

<sup>3</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 18 mai 2005, *Bull. civ.*, I, n° 212 ; A. Gouttenoire « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation ! » *Dr. fam.* 2005 comm. n° 156 ; *J.C.P. G* 2005, II, 10081, obs. F. Granet et Y. Strickler.

qui avait été adoptée par le Conseil d'État <sup>1</sup>, lequel avait pris le parti d'un examen au cas par cas de l'applicabilité directe des dispositions de la Convention de New York <sup>2</sup>.

La position de la Cour de cassation était devenue difficilement tenable, et nourrissait les critiques <sup>3</sup>. Ce revirement de jurisprudence, confirmé par deux autres arrêts <sup>4</sup>, est donc à saluer dans la mesure où il vient renforcer la position des droits de l'enfant en droit interne, sans pour autant ouvrir la voie des excès qu'une applicabilité de ce texte dans son intégralité n'aurait pas manqué d'engendrer.

**103.** Pour que les dispositions de la Convention internationale sur les droits de l'enfant ne restent pas un instrument visant à promouvoir la seule bonne conscience des États signataires, la question de l'application effective de ses dispositions a suscité une prise de conscience notamment en Europe. Cette aspiration s'est concrétisée avec le projet de convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant. Cette convention ferait corps avec une véritable « *stratégie européenne en faveur des enfants* » <sup>5</sup>. Ce projet a été initié par une recommandation du Conseil de l'Europe du 1<sup>er</sup> février 1990 suggérant « *d'élaborer un instrument juridique approprié (...) en vue de compléter la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant* » <sup>6</sup>. Ce projet avait à l'origine pour but de reconnaître « *non seulement les droits des enfants ressortissant au domaine civil et politique, mais également ses droits économiques et sociaux* » <sup>7</sup>. La restriction de cet objectif à la promotion des droits procéduraux de l'enfant, beaucoup plus réaliste dans sa mise en œuvre au niveau européen, n'enlève rien à l'effort accompli en la matière. L'entrée en vigueur de cette

---

<sup>1</sup> Voir en ce sens A. Gouttenoire « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation ! » *Dr. fam.* 2005 comm. n°156, p. 27.

<sup>2</sup> Sont reconnus comme d'applicabilité directe en droit interne par le Conseil d'État, les articles 3-1, 3-2, 5 et 16 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. CE 10 mars 1995, *Rec. CE* 610 ; *D.* 617, note Benhamou (Art. 16). CE 22 septembre 1997, *Rec CE* 320 ; *D.* 1998, somm., 297, obs. Desnoyer ; *J.C.P. G* 1998, II, 10052, note Gouttenoire-Cornut ; *J.C.P. G* 1998, I, 101, n° 5, obs. Fossier ; *Dr. fam.* 1998 n° 56, note Murat ; *RTDciv* 1998, 76, obs. Hauser ; *Petites Affiches* 26 janvier 1998, note Reydellet ; *RDSS* 1998 174 note F. Monéger (Art. 3-1). CE 5 octobre 2000, *Rec CE* 391 (Art. 3-2 et Art. 5).

<sup>3</sup> Voir notamment la position du Défenseur des enfants dans son rapport au Comité de suivi de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, *Dr. fam.* 2004 alerte 5.

<sup>4</sup> Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup> 22 novembre 2005, *Bull. civ.*, I, n° 434 ; *RTDciv.* 2006 n° 1, chron., pp. 101-104 obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* Février 2006, Comm. n° 28, obs. A. Gouttenoire. Cet arrêt a consacré l'applicabilité directe des articles 3-1 et 12-2 de la Convention. Voir également, Cass. civ. 1<sup>re</sup> 7 avril 2006, *Bull. civ.*, I, n° 195. Cet arrêt est quant à lui venu consacrer l'applicabilité directe de l'article 7-1 de la Convention.

<sup>5</sup> *Reconnaître l'enfant citoyen*, Assemblée Parlementaire, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1996, p. 91.

<sup>6</sup> Y. Benhamou, « Aperçu critique du projet de convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », *Gaz. Pal.* 1995, 2, doct., p. 880.

<sup>7</sup> Y. Benhamou, art. préc., p. 880.

convention le 1<sup>er</sup> juillet 2000 laisse présager d'une évolution future qui garantirait au niveau européen l'exercice par l'enfant de droits procéduraux en matière familiale. Toutefois, l'entrée en vigueur de ce texte ne semble pas devoir modifier fondamentalement la position des droits anglais, écossais et français en ce domaine, dans la mesure où chacun à sa manière, ils satisfont déjà aux exigences de cette convention <sup>1</sup>.

**104.** La société française semble néanmoins prête aujourd'hui à reconnaître l'enfant en tant que petit citoyen. Toutes les initiatives en ce domaine sont à saluer dans la mesure où l'implication de l'enfant dans la vie de la société participe de son éducation et de son apprentissage à l'exercice de la citoyenneté <sup>2</sup>. À l'heure actuelle, de nombreuses initiatives ont été mises en place pour faire accéder l'enfant aux institutions de notre pays, grâce aux Conseils municipaux d'enfants <sup>3</sup>, ou à un niveau plus élevé des institutions avec le Parlement des enfants <sup>4</sup>. Le Parlement des enfants réunit des élèves en classe de CM2, lesquels sont généralement âgés de dix à douze ans. Le travail des classes participantes consiste « *à élaborer une proposition de loi sur le thème de leur choix, comprenant un exposé des motifs d'une page et cinq article maximum* » <sup>5</sup>. Nous pouvons rappeler que des décisions à forte valeur symbolique ont été prises sur la base d'initiatives du Parlement des enfants, entre autres la loi du 30 décembre 1996 qui a introduit dans le Code civil un article 371-5 prévoyant le droit de l'enfant à ne pas être séparé de ses frères et sœurs <sup>6</sup> ; ou celle du 14 mai 1998 qui a ajouté un alinéa à l'article 415 du Code civil, prévoyant la participation du mineur orphelin capable de discernement au conseil de famille <sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant reconnaît principalement à l'enfant discernant le droit d'être informé et d'exprimer son opinion dans la procédure familiale le concernant (Art. 3). Elle lui reconnaît également le droit de solliciter la désignation d'un représentant spécial dans une procédure familiale au cours de laquelle ses intérêts seraient en opposition avec celui des personnes habilitées à la représenter en justice (Art. 4).

<sup>2</sup> Voir par exemple le site internet [www.lespetitscitoyens.com](http://www.lespetitscitoyens.com).

<sup>3</sup> Institués à l'heure actuelle dans plus de 700 villes de France ; des enfants de neuf à dix huit ans sont élus, pour un mandat de deux ans, par leurs camarades pour les représenter auprès des organisations et des élus locaux. *Reconnaître l'enfant citoyen*, Assemblée Parlementaire, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1996, p. 103.

<sup>4</sup> Le Parlement des enfants a été organisé pour la première fois en 1994, à l'initiative du Président de l'Assemblée Nationale de l'époque P. Seguin. Cette initiative a été poursuivie par ses successeurs depuis. Le Parlement des enfants est convoqué chaque année par le Président de l'Assemblée Nationale.

<sup>5</sup> *Bulletin officiel de l'éducation nationale*, n° 36, 5 octobre 1995, p. 2836.

<sup>6</sup> Loi n° 96-1238 du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs, *JO* 1<sup>er</sup> janvier 1997, *J.C.P.* G 1997, III, 68282.

<sup>7</sup> Loi n° 98-381 du 14 mai 1998 relative à la participation de l'enfant orphelin au conseil de famille. *Defrénois* 1998, lég., p. 209.

Les enfants sont amenés aujourd'hui à pouvoir se faire entendre au niveau politique. Nous ne pouvons qu'approuver ce genre d'initiatives tant elles sont bénéfiques pour les enfants et pour la société. La place de l'enfant dans la société est en train d'être repensée. La reconnaissance de pouvoirs donnés à l'enfant dans des domaines où on ne l'attendait pas *a priori*, comme un pouvoir politique d'éligibilité visant à représenter d'autres enfants au sein du Parlement, et celui de proposer des lois, nous amène à nous interroger sur la place de l'enfant dans la société et dans sa famille. La reconnaissance à l'enfant, d'un pouvoir de participation citoyenne nous conduit immanquablement à repenser le système de représentation légale, afin de permettre sa participation effective à la prise de décision le concernant dans sa vie quotidienne.

### b. La participation de l'enfant

**105.** Avec l'adoption du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, le **droit écossais** a unifié le statut juridique du mineur<sup>1</sup>, en supprimant la période de *curatory* et en faisant courir la période de *tutary* jusqu'aux seize ans de l'enfant<sup>2</sup>. Ainsi, la catégorie juridique des *minors*<sup>3</sup> a disparu et le régime de représentation légale, qui permet l'accès des *pupils* à la vie juridique, s'applique désormais à l'égard des préadolescents. Le législateur écossais a cru bon de compenser cette restriction apportée à la capacité du mineur, en instaurant une prémajorité faisant accéder le mineur de seize ans à la capacité juridique<sup>4</sup>. La majorité, qui demeure en droit écossais fixée à dix-huit ans<sup>5</sup>, ne coïncide donc pas avec l'âge de la capacité

---

<sup>1</sup> Sur les réflexions qui ont précédé cette réforme, voir les travaux de la *law commission* écossaise et notamment son *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987.

<sup>2</sup> « *A person under the age of 16 years, shall (...) have no legal capacity to enter into any transaction* », section 1(1)(a) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Voir également *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987, para. 3.27, p. 16. A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 1.09, p. 5 ; E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.60, p. 100.

<sup>3</sup> Les filles à partir de douze et les garçons à partir de quatorze ans, jusqu'à leur majorité.

<sup>4</sup> « *A person of or over the age of 16 years shall have legal capacity to enter into any transactions* », section 1(1)(b) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> Section 1(1) du *Age of Majority (Scotland) Act 1969*.

juridique. Ainsi, en droit écossais, les mineurs de seize ans disposent d'une capacité juridique quasi-identique à celle des majeurs <sup>1</sup>.

**106.** La situation juridique antérieure à la réforme introduite par le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, avait été critiquée par la *law commission* écossaise, notamment en ce qu'elle n'apparaissait pas suffisamment protectrice à l'égard de l'enfant de moins de seize ans, tout en autorisant une part d'incertitude importante pour les majeurs qui contracterait avec lui <sup>2</sup>. La complexité de cette situation s'est révélée aux yeux de la *law commission* écossaise, inadaptée « *aux conditions économiques et sociales modernes* », dans la mesure où celle-ci demeurerait fondée sur une discrimination sexiste, et que les âges de douze et quatorze ans retenus pour l'accès au régime de *curatory* avaient perdu de leur pertinence <sup>3</sup>.

**107.** Il semble cependant que l'uniformisation du statut juridique du mineur, introduite par la loi de 1991, en deux phases successives d'incapacité et de pleine capacité, articulées autour du seuil d'âge de seize ans, ne soit qu'une apparence. En effet, le droit écossais n'a pu se résoudre à la complète remise en cause de la parcelle de capacité historiquement accordée au *minor*. Ainsi, le seuil d'âge de douze ans a notamment été retenu à titre de prémajorité pour la réalisation de certains actes juridiques particuliers <sup>4</sup>. De même, à compter de cet âge, l'enfant bénéficie d'une présomption de capacité de discernement, qui lui permet d'acquérir la capacité procédurale <sup>5</sup>.

**108.** Comme en droit français, l'incapacité du mineur écossais connaît des exceptions <sup>6</sup>. De même subsiste un régime particulier autorisant le jeune majeur, jusqu'à vingt-et-un ans, à remettre en cause un « *acte préjudiciable* » <sup>7</sup> conclu par lui entre seize et dix-huit ans <sup>8</sup>. Le mineur écossais bien que capable continue de

---

<sup>1</sup> Sur les réserves liées à l'incapacité de jouissance voir *supra* n° 65.

<sup>2</sup> Voir sur ce point *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987, paras. 2.12 à 2.15, pp. 6 et 7.

<sup>3</sup> *Ibidem*, paras. 2.16 à 2.19, p. 7.

<sup>4</sup> Capacité de tester et de consentir à son adoption. Sections 2(2) et 2(3) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Pour plus de détails sur la capacité acquise en vertu de pré-capacités voir *infra* n° 267 et s.

<sup>5</sup> Sections 2(4A) et 2(4B) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Sur ce point voir *infra* n° 903 et 904.

<sup>6</sup> Voir notamment *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987, para. 3.21, p. 14. L'incapacité sauf exception a semblé plus facile à mettre en œuvre pour la *law commission*, qu'instaurer une capacité sauf exception.

<sup>7</sup> « *Prejudicial transaction* ».

<sup>8</sup> Section 3 du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Pour plus de détails sur ce point voir *infra* n° 309 et s.

bénéficiaire d'une protection juridique accrue qui s'exercera en aval de la conclusion de l'acte juridique.

**109.** En **droit français**, tous les enfants de leur naissance à dix-huit ans sont placés sous un régime d'incapacité identique, lequel repose pour son fonctionnement sur le mécanisme de la représentation légale <sup>1</sup>. Aujourd'hui, la mise en œuvre de ce mécanisme protecteur doit s'accommoder de la reconnaissance progressive par le droit de la capacité naturelle de l'enfant au fur et à mesure de l'approche de la majorité.

La représentation légale est depuis toujours liée à l'exercice de l'autorité parentale <sup>2</sup>. Aussi, cette technique juridique ne peut s'affranchir des évolutions consacrées dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant. L'autorité parentale est comprise comme un droit-fonction au service de l'intérêt de l'enfant, et par conséquent des limites identiques s'appliquent à la représentation légale. L'association de l'enfant aux actes qui le concernent, consacrée par la loi de 2002 relative à l'autorité parentale <sup>3</sup>, nous conduit inmanquablement à repenser la mise en application de la représentation légale à son égard, laquelle doit aujourd'hui permettre la participation de l'enfant à l'acte juridique, en fonction de son développement personnel et de sa capacité naturelle à l'accomplir.

**110.** Ainsi, en vertu du principe d'autonomie de la volonté, « *la volonté humaine est à elle-même sa propre loi, se crée sa propre obligation : si l'homme est obligé par un acte juridique spécialement par un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu* » <sup>4</sup>. Ce principe, consacré par l'article 1134 du Code civil <sup>5</sup>, n'est limité en vertu de l'article 6 du même Code que par le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. La théorie de l'autonomie de la volonté ne peut s'appliquer pleinement à l'égard des incapables, qu'ils soient majeurs ou mineurs, dans la mesure où sa mise en œuvre ne concerne que les personnes capables de faire acte de volonté, et de déterminer leur intérêt. Aussi, « *le droit engendre la représentation comme expression nécessaire de la vie juridique des personnes sans volonté propre* » <sup>6</sup>. Le principal effet de ce mécanisme est d'exclure

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 77 et s.

<sup>2</sup> Voir *supra* n° 20 et s.

<sup>3</sup> Voir l'article 371-1 al. 3 du Code civil, introduit par la Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>4</sup> J. Carbonnier, *Droit civil: Les obligations*, t. 4, PUF, coll. Thémis, 16<sup>e</sup> éd. 1992, p. 45.

<sup>5</sup> En vertu duquel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

<sup>6</sup> R. Savatier, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne. », *D.* 1959, chron., p. 49.

toute expression de volonté de la part du représenté. En effet, « *ce qu'a de propre la représentation, c'est de lier le représenté par une volonté qui n'est pas la sienne ; donc sortir ainsi du cercle normal de l'autonomie de la volonté, conçue comme le principe même des actes juridiques* »<sup>1</sup>.

Il est admis que l'*infans* peut difficilement savoir ce qu'il veut pour lui-même, en raison de son inexpérience sur ce que la vie peut lui apporter. Il en va autrement pour les adolescents, qui ont déjà vécu, et à qui il est aujourd'hui constamment demandé de savoir ce qu'ils veulent dans la vie, ne serait-ce que pour des éventuels choix dans leur scolarité. La jurisprudence française avait déjà reconnu une certaine force à la volonté à l'adolescent. En effet, « *bien que le législateur n'ait pas inscrit dans les textes le principe selon lequel le juge doit tenir compte des aspirations des enfants selon leur âge ou leur maturité, la jurisprudence a comblé cette lacune. C'est ainsi que les désirs des mineurs proches de la majorité sont légitimement considérés conformes à leur intérêt* »<sup>2</sup>. La prise en compte par le juge des aspirations de l'enfant est devenue aujourd'hui obligation légale, notamment dans le cadre des procédures judiciaires le concernant<sup>3</sup>.

**111.** Les fondements d'un traitement juridique spécifique de l'adolescence dans les rapports entre parents et enfant ont depuis été posés par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale<sup>4</sup>. En effet, le nouvel article 371-1 du Code civil dispose dans son dernier alinéa que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ». Cette nouvelle disposition ne bouleversera pas du jour au lendemain les pratiques familiales. En effet, faute pour le législateur d'avoir assorti ce précepte d'un contrôle, celui-ci ne sera dans les faits que ce que les parents en feront. Néanmoins, cette disposition ouvre la voie à un aménagement de l'exercice de la représentation légale à l'égard des adolescents.

**112.** Il y a fort à parier qu'avant l'entrée en vigueur de cette disposition, la plupart des parents associaient déjà l'enfant aux décisions le concernant et à la réalisation d'actes juridiques pour son compte. Néanmoins, si l'association de

---

<sup>1</sup> R. Savatier, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne. », *D.* 1959, chron., p. 48.

<sup>2</sup> J. Bonnard, « La garde du mineur et son sentiment personnel. », *RTDciv.* 1991, p. 58. Il convient de noter que cet article étudie de manière spécifique la détermination de la résidence habituelle du mineur après le divorce de ses parents.

<sup>3</sup> Sur ce point voir *infra* n° 336 et s.

<sup>4</sup> Loi 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

l'enfant à la prise de décision peut être une démarche naturelle quand tout va bien au sein de la famille, le droit doit la garantir quand tout va mal. Une crise du couple conjugal, voire une crise dans la relation entre parents et enfant, sont des obstacles qu'il faut franchir et bien souvent s'instaure un rapport de force qui s'accommode difficilement de la prise en compte de la volonté émise par le plus faible de tous, naturellement et juridiquement, l'enfant. Ainsi, poser l'association de l'enfant aux décisions qui le concernent en principe juridique, participe du renforcement de la place accordée par le droit à l'enfant au sein même de sa famille. Reste néanmoins à savoir quelle sera la force obligatoire de cette disposition, comment les juges pourront faire respecter en pratique cette obligation parentale et comment il sera possible de la concilier avec la mise en œuvre du mécanisme de représentation

**113.** L'individualité de l'enfant au sein de sa famille a été reconnue. La Convention internationale sur les droits de l'enfant reconnaît dans son préambule « *la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits* ». S'il est nécessaire de protéger l'enfant, cette protection ne peut plus de nos jours être comprise comme une impossibilité totale d'action imposée au mineur. Permettre à l'enfant de participer à la prise de décision le concernant et à la réalisation d'actes juridiques pour son compte, est une manière de le reconnaître en tant que titulaire d'un droit, dont il dispose déjà de la jouissance<sup>1</sup>. La participation de l'enfant dans la représentation légale passe nécessairement par la possibilité pour lui d'affirmer sa volonté d'accomplir certains actes, ou bien de refuser d'être engagé par des actes auxquels il n'aurait pas consenti. De manière générale le droit français a depuis toujours accordé « *une confiance parfois excessive aux représentants du mineur* »<sup>2</sup>. Il est donc aujourd'hui nécessaire d'accorder enfin à l'enfant, et plus particulièrement à l'adolescent, le pouvoir de collaborer dans l'exercice de la représentation légale à son égard.

**114.** Les modalités de mise en œuvre de la participation de l'enfant dans la représentation restent à définir. S'il apparaît que le système de représentation légale ne le permette pas, ou que ce mécanisme s'avère inadapté à la situation des adolescents, il nous faut alors rechercher d'autres modèles, qui permettront de concilier la capacité naturelle de l'enfant à agir, tout en respectant son besoin

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n°65 et s.

<sup>2</sup> J. Rubellin-Devichi, « Le droit français est-il adapté aux adolescents ? », *D.E.F.* n°33 1991, 2, p. 123.

naturel de protection. Le droit de l'enfance est à construire sur la base d'un modèle cohérent assurant l'équilibre entre le droit des incapacités d'une part et l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant d'autre part. Il faut que le droit de l'enfance soit repensé, en gardant à l'esprit que l'enfant est une personne à part entière distincte de celle de ses représentants, qui sont néanmoins bien plus cela. En effet, comme nous le rappelle le professeur Hauser, « *les parents sont bien les représentants de l'enfant, mais ils ne sont pas que ses représentants (...). Ils sont dotés de pouvoirs propres, autonomes et généraux tant en matière personnelle qu'en matière patrimoniale parce qu'ils sont investis par décision de la loi d'une mission qui va au delà de la représentation* »<sup>1</sup>. Notre droit doit aujourd'hui prendre en compte cette spécificité et proposer un système d'ensemble cohérent.

**115.** Certaines pistes nous semblent tendre vers une réforme raisonnée du régime d'incapacité du mineur qui parviendrait à établir un équilibre entre l'autonomie sans protection et l'incapacité-aliénation de la personnalité. En effet, Mme le professeur Laroche-Gisserot se prononce en faveur de la reconnaissance d'un statut spécifique à l'égard des mineurs de seize à dix-huit, leur conférant « *une capacité identique à celle du majeur sous curatelle* »<sup>2</sup>. Cette position n'est pas sans nous rappeler le droit écossais des incapacités tel qu'il existait avant la réforme introduite par le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*<sup>3</sup>, lui-même librement inspiré par le droit romain<sup>4</sup>.

L'âge de seize ans retenu comme seuil charnière, nous semble toutefois un peu tardif, dans la mesure où ce régime de transition entre représentation et autonomie doit permettre un réel accompagnement de l'enfant et son éducation à la vie juridique. L'âge de quatorze ans aurait notre préférence dans la mesure où les mineurs disposent généralement à cet âge de la capacité intellectuelle de comprendre les implications des actes qui le concernent ainsi que de la capacité naturelle pour y prendre une part active. C'est aussi pour bien des enfants un âge charnière dans leur scolarité, puisque beaucoup d'entre eux se trouvent à cet âge en fin de cycle au collège. C'est également cet âge qui a été retenu dans le projet de loi relatif à l'égalité des chances pour autoriser le mineur à quitter le cycle d'une

---

<sup>1</sup> J. Hauser, « De la nature juridique de la représentation des mineurs (à propos de Cass. ch. mixte 9 février 2001 », *RJPF* 6 juin 2001, p. 7.

<sup>2</sup> Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil. Les personnes, la personnalité, les incapacités*, 8<sup>e</sup> éd. par F. Laroche-Gisserot, Montchrestien 1997, pp. 173-174.

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 24 et s.

<sup>4</sup> Voir *supra* n° 24 et s.

scolarité traditionnelle et pour se tourner vers la voie de l'apprentissage professionnel <sup>1</sup>. Retenir le seuil d'âge de quatorze ans permettrait également d'éviter toute confusion avec le statut du grand adolescent, lequel se voit reconnaître, sans néanmoins pouvoir la solliciter, la possibilité d'être judiciairement émancipé <sup>2</sup>.

La curatelle, qui permet l'assistance du mineur par ses curateurs, n'accorderait pas la pleine capacité juridique à l'enfant <sup>3</sup>. L'exercice de celle-ci se trouve encadrée. Il nous semble alors peu efficace de placer le mineur de seize ans sous curatelle dans la mesure où le droit lui accorde déjà aujourd'hui, par l'émancipation, la possibilité de bénéficier à cet âge d'une capacité identique à celle d'un majeur. La seule difficulté liée à la préférence donnée au seuil d'âge de quatorze ans réside à l'heure actuelle dans l'exercice par les parents de leur droit de jouissance légale sur les biens de leurs enfants mineurs. Celui-ci ne prend fin qu'à l'âge de seize ans <sup>4</sup>, et il semble tout à fait illusoire de vouloir donner au mineur une quelconque capacité d'exercice, s'il ne dispose pas de la maîtrise de ses biens éventuels. Une solution serait de priver les parents de leur droit de jouissance légale dès que l'enfant aurait atteint l'âge de quatorze ans, ce qui ne pose pas véritablement de difficultés lorsque l'enfant n'est pas propriétaire de biens. Cependant, si l'enfant dispose de biens à titre personnel, et là réside tout l'intérêt du droit de jouissance légale, faire cesser ce droit au quatorzième anniversaire de l'enfant pourrait placer les parents dans une situation de dépendance financière vis-à-vis de celui-ci, ce qui n'est pas concevable. Si la représentation légale de l'enfant est de loin le système le plus protecteur et le mieux adapté à la situation d'un jeune enfant, la participation de l'enfant aux actes juridiques le concernant passe aujourd'hui par sa mutation en mécanisme d'assistance à l'égard des pré-adolescents et adolescents. Par ailleurs, l'équilibre entre la protection de l'intérêt de l'enfant et l'exercice par les parents des pouvoirs qui leur ont été accordés dans l'exercice de la représentation légale, ne peut être atteint que par un traitement juridique des situations d'opposition d'intérêts.

---

<sup>1</sup> Voir le projet d'article L. 337-3 du Code de l'éducation, prévu par l'article 1<sup>er</sup> du projet de Loi pour l'égalité des chances. Disponible en ligne sur le site [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)

<sup>2</sup> Art. 477 du Code civil.

<sup>3</sup> Cf les dispositions qui organisent la curatelle des majeurs. Voir les articles 508 et s. du Code civil.

<sup>4</sup> Art. 384 1<sup>o</sup> du Code civil.

## 2. La limite à la représentation légale : l'opposition d'intérêts

**116.** La confiance dans les facultés de l'administrateur légal à protéger les intérêts du mineur est le pilier de la représentation légale. Aussi, lorsque les intérêts de l'administrateur sont en opposition avec ceux de l'enfant cette confiance n'est plus légitime et un mode alternatif de représentation doit être mis en place. Le **droit écossais** ne semble pas avoir prévu de mécanisme permettant de pallier l'opposition d'intérêts dans la représentation légale, hormis les cas où elle surviendrait dans le cadre d'une procédure judiciaire. Dans ces circonstances, le juge procèdera à la désignation d'un *curator ad litem* spécialement en charge de représenter les intérêts de l'enfant dans l'instance <sup>1</sup>.

**117.** Le **droit français** prévoit quant à lui, la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant. Le choix de l'administrateur *ad hoc* est laissé à la discrétion du juge <sup>2</sup>. La préférence du législateur donnée à la famille pour l'exercice de cette fonction <sup>3</sup>, ne nous semble pas déraisonnable lorsqu'il est question pour l'administrateur *ad hoc* de réaliser des actes juridiques extra-judiciaires. Toutefois, celle-ci nous apparaît tout à fait inadaptée lorsqu'il lui faudra exercer les droits procéduraux du mineur <sup>4</sup>.

Le droit français a traditionnellement accordé sa préférence à l'exercice des droits de l'enfant par les membres de sa famille. En effet, la préférence familiale est également retenue lorsqu'une tutelle est ouverte à l'égard de l'enfant. Si un conflit d'intérêts survient entre l'enfant et le tuteur, les fonctions d'administrateur *ad hoc* seront automatiquement exercées par le subrogé tuteur qui est bien souvent un

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur les fonctions du *curator ad litem* écossais, voir *infra* n° 785 et s.

<sup>2</sup> J. Massip, *Les incapacités [Étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 17, p. 56.

<sup>3</sup> Article 1210-1 du NCPC

<sup>4</sup> Sur ce point voit *infra* n° 577 et s. Faire bénéficier à l'enfant des compétences d'une personne ayant un minimum de formation juridique pour représenter ses intérêts en justice nous semble indispensable.

proche de l'enfant <sup>1</sup>. La préférence familiale va de paire avec le caractère facultatif de l'exercice de la fonction d'administrateur *ad hoc* et sa gratuité de principe <sup>2</sup>.

**118.** Le fonctionnement de l'institution de l'administrateur *ad hoc* est organisé par les articles 388-2 et 389-3 du Code civil. Le domaine d'application de ces articles permet de couvrir l'ensemble des difficultés qui peuvent survenir dans le cadre de l'exercice de la représentation légale, que celles-ci se produisent pour la réalisation d'un acte juridique civil ou dans le cadre d'une procédure judiciaire. En effet, l'article 389-3 du Code civil prévoit la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour la réalisation d'« *actes civils* », lesquels englobent les actes juridiques de nature judiciaire <sup>3</sup>, et par conséquent le domaine de l'article 388-2 du Code civil <sup>4</sup>. Le domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc*, traditionnellement de nature patrimoniale et principalement celui des donations et successions, s'est cependant ouvert aux actes civils de nature extra-patrimoniale lorsqu'ils relèvent de l'administration légale, notamment dans le cadre des procédures judiciaires <sup>5</sup>.

**119.** Alors que le juge des tutelles partage sa compétence avec le juge saisi de l'instance lorsque des difficultés se posent dans le cadre d'une procédure judiciaire <sup>6</sup>, le pouvoir de désigner un administrateur *ad hoc* lui appartient exclusivement lorsqu'il sera question de régler une opposition d'intérêts survenant lors de la réalisation d'actes juridiques de nature extra-judiciaire <sup>7</sup>. La saisine du

---

<sup>1</sup> Art. 420 al. 2 du Code civil. Voir également pour des développements sur ce point Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil. Les personnes, la personnalité, les incapacités*, 8<sup>e</sup> éd. par F. Laroche-Gisserot, Montchrestien 1997, n° 655, p. 215 ; J. Carbonnier, *Droit civil 1/ Les personnes. Personnalité, incapacité, personnes morales*, Themis PUF 1992, p. 266.

<sup>2</sup> J. Massip, *Les incapacités [Étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 20, p. 59-60. L'administrateur *ad hoc* pourra néanmoins en vertu de l'art. 454 al. 1<sup>er</sup> du Code civil, prétendre à une indemnité pour les frais inhérents à sa mission. Lorsque la préférence familiale ne pourra s'exercer, en vertu de l'article 1210-1 du Code civil, le choix de l'administrateur *ad hoc* se portera sur une personne figurant sur la liste prévue à l'article R. 53 du Code de procédure pénale. Dans les circonstances, la mission de l'administrateur *ad hoc* sera rémunérée.

<sup>3</sup> « L'article 389-3, très général concerne toutes les désignations d'administrateur *ad hoc*, que la représentation de l'enfant soit ou non judiciaire », C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 902.

<sup>4</sup> Pour plus de détails sur la désignation d'un administrateur *ad hoc* sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil, et l'articulation de cet article avec 389-3 voir *infra* n° 745 et s.

<sup>5</sup> Voir notamment l'article 317 du Code civil qui fonde la désignation automatique d'un administrateur *ad hoc* dans l'action en désaveu et le domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc* sur l'article 388-2 du Code civil. Il apparaît cependant qu'avant la loi du 8 janvier 1993, la possibilité de désigner un administrateur *ad hoc* dans une procédure judiciaire de nature extra-patrimoniale avait déjà été consacrée en jurisprudence sur le fondement de l'article 389-3 du Code civil, notamment dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 18 mars 1981 (*Bull. civ.*, I, n° 95 ; *D.* 1982, somm. 260, obs. D. Huet-Weiller), il s'agissait en l'espèce d'une action en contestation de reconnaissance.

<sup>6</sup> Pour plus de détails sur l'intervention d'un administrateur *ad hoc* dans les procédures judiciaires voir *infra* n° 564 et s. et 745 et s.

<sup>7</sup> Art. 389-3 du Code civil.

juge des tutelles est organisée de manière à permettre au mineur d'être à l'initiative de la désignation d'un administrateur *ad hoc*. Il partage en effet le pouvoir de saisine du juge des tutelles concurremment avec son administrateur légal, et le ministère public <sup>1</sup>. Ainsi, l'enfant dispose du « *pouvoir indirect de porter atteinte aux prérogatives de ses père et mère, d'obtenir d'un juge qu'il réduise leur pouvoir de représentation* » <sup>2</sup>.

**120.** Cette possibilité offerte à l'enfant est unique dans le droit français des incapacités. Certes, depuis longtemps le droit français relève l'enfant en danger de son incapacité, afin de lui reconnaître la possibilité d'être à l'origine de son placement sous protection <sup>3</sup>. Toutefois, qu'une telle faveur puisse s'exercer en dehors du domaine de la protection de sa personne, dans le but de court-circuiter l'exercice de pouvoirs parentaux à son égard, ne coulait pas de source. Pour Mme le professeur Neirinck cette faculté ainsi offerte à l'enfant va jusqu'à modifier directement la portée symbolique de la minorité et de l'incapacité <sup>4</sup>. Devons nous cependant craindre que l'atteinte aux pouvoirs parentaux soit directement portée par celui qui se trouve être le principal destinataire de leur exercice ? Reconnaître à l'enfant la possibilité d'être un acteur à part entière de la détermination de son intérêt nous semble aller dans le sens des évolutions jurisprudentielle et législative en la matière <sup>5</sup>. L'atteinte ici portée aux pouvoirs parentaux nous apparaît d'autant plus raisonnable, que le pouvoir ainsi reconnu à l'enfant lui permet seulement d'être à l'origine de sa représentation *ad hoc*, non de l'acte juridique effectivement réalisé, et que ce pouvoir s'exercera toujours sous le contrôle du juge <sup>6</sup>.

En effet, l'opportunité de la désignation d'un administrateur *ad hoc* appartient exclusivement au juge. De plus, l'administrateur *ad hoc* reçoit un mandat judiciaire

---

<sup>1</sup> Art. 389-3 al. 2 du Code civil. Il est à noter que le juge des tutelles dispose également de la possibilité de saisir d'office en la matière, qu'il exerce en vertu de son pouvoir de « *surveillance générale des administrations légales et des tutelles de son ressort* », Art. 395 al. 1<sup>er</sup> du Code civil. Voir également sur ce point, C. Neirinck, « De Charybde en Scylla l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496, p. 101.

<sup>2</sup> C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, 228, p. 903.

<sup>3</sup> Sur la capacité procédurale de l'enfant en matière d'assistance éducative voir *infra* n° 831 et s.

<sup>4</sup> C. Neirinck, art. préc., p. 902.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 109.

<sup>6</sup> En vertu des articles 1210-1 à 1210-3 du NCPC, les parents disposent également, lorsque l'administrateur *ad hoc* désigné n'appartient pas au cercle familial, de la possibilité de faire appel de cette désignation dans un délai de quinze jours. Il s'agit là d'un recours gracieux. Lorsque l'appel concerne une désignation faite par le juge des tutelles, en vertu de l'article 1215 du NCPC, celui-ci sera porté devant le TGI du ressort et non la cour d'appel. Voir sur ce point J. Massip, *Les incapacités [Étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 16, p. 56.

spécial et ponctuel pour accomplir sa mission dans l'intérêt de l'enfant ; il n'est jamais le mandataire de l'enfant chargé d'agir conformément à la volonté de ce dernier. Enfin, la décision du juge de procéder à la désignation d'un administrateur *ad hoc* repose sur un fondement juridique objectif, à savoir l'existence d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et son administrateur légal.

**121.** La notion d'opposition d'intérêts est en effet la « *clef de voute de l'institution* »<sup>1</sup>. Ainsi, un administrateur *ad hoc* est désigné lorsque les intérêts de l'enfant sont en opposition avec ceux de l'administrateur légal<sup>2</sup>. L'opposition d'intérêts peut être de nature directe, elle « *implique alors l'existence d'intérêts contradictoires ou du moins divergents entre l'enfant et son représentant* »<sup>3</sup>. L'opposition d'intérêts peut également être de nature indirecte lorsqu'un administrateur légal se trouve en charge de représenter les intérêts de plusieurs enfants en même temps<sup>4</sup>.

Dans le cadre de l'administration légale pure et simple, la question s'est posée de savoir si l'opposition d'intérêts devait être constatée à l'égard des deux administrateurs légaux de l'enfant, ou bien si la constatation de l'existence d'une telle opposition à l'égard d'un seul d'entre eux, autorisait la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant<sup>5</sup>. En effet, la direction bicéphale de l'administration légale pure et simple, permet d'assurer un contrôle intra-familial des actes les moins graves accomplis au nom et pour le compte de l'enfant<sup>6</sup>. Aussi, pour une partie de la doctrine « *lorsque l'administration légale est pure et simple (...)*

---

<sup>1</sup> C. Neirinck, « De Charybde en Scylla l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496, p. 99.

<sup>2</sup> Article 389-3 du Code civil. L'article 388-2 du Code civil vise plus précisément compte tenu de son domaine d'application spécifique aux procédures judiciaires le représentant légal de l'enfant.

<sup>3</sup> C. Watine-Drouin, « Minorité – Audition du mineur en justice – défense de ses intérêts », *Jurisclasseur Civil Code Art. 388-1 et 388-2*, n° 122. Pour des exemples d'opposition directe d'intérêts voir J. Massip, *Les incapacités [Étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 18, pp. 57-59. L'auteur cite notamment le cas où l'administrateur légal et le mineur sont appelés à une même succession, ou bien encore lorsque le premier souhaite prendre à bail les biens du second.

<sup>4</sup> P. Salvage-Gerest, « Tutelle – administration légale pure et simple », *Jurisclasseur Civil Code Art. 389 à 392*, fasc. 20, n° 28. Voir l'article 838 al. 3 du Code civil relatif au partage successoral, qui prévoit dans ces circonstances la désignation d'un « *tuteur spécial et particulier* » à chacun des mineurs.

<sup>5</sup> Voir notamment G. Favre-Lanfray, *La représentation "ad hoc" de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 570 et s., pp. 326 et s. ; M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 572 et s., p. 372 et s.

<sup>6</sup> Les actes de gestion les plus graves relatifs au patrimoine de l'enfant ne peuvent être accomplis que lorsque les deux parents sont d'accord sur leur principe et dans les limites de l'article 389-5 du Code civil, lequel énumère les actes qui même en présence d'un accord parental nécessitent pour leur réalisation l'accord du juge des tutelles : la vente de gré à gré ou l'apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce appartenant au mineur, l'emprunt au nom du mineur ou la renonciation en son nom à un droit. Le partage amiable de biens indivis est également soumis à autorisation judiciaire.

*l'opposition d'intérêt doit être constatée à l'égard de chaque parent* »<sup>1</sup>, ce qui contribue à prévenir la désignation d'un administrateur *ad hoc*, lorsque l'autre parent dispose du pouvoir et de la volonté de représenter l'enfant à l'acte juridique. L'unité du régime de l'administrateur *ad hoc* civil, nous conduit cependant à examiner la question de l'opposition d'intérêts de manière transversale, dans la mesure où celle-ci trouve à s'appliquer de manière uniforme tant pour les actes juridiques de nature extra-judiciaire que dans le cadre de procédures judiciaires auxquelles l'enfant peut être partie<sup>2</sup>. Ainsi, la nécessité de garantir à l'enfant une protection efficace de ses intérêts dans chacun de ces domaines, et notamment dans les affaires les plus graves qui donneraient lieu à une instance civile, nous conduit à préférer la position selon laquelle l'opposition d'intérêts doit être retenue lorsqu'elle est constatée à l'égard d'un seul des administrateurs légaux de l'enfant<sup>3</sup>.

Il apparaît en pratique, notamment dans le cadre des procédures judiciaires, que le juge se contente déjà bien souvent, pour désigner un administrateur *ad hoc* à l'enfant, de constater l'existence d'une opposition d'intérêts à l'égard d'un seul de ses représentants légaux. Certes, cette solution conduit automatiquement à priver l'autre parent de son pouvoir de représentation<sup>4</sup>. Toutefois, l'évolution jurisprudentielle en la matière a aujourd'hui consacré, à côté de l'opposition d'intérêt objective, l'existence de causes subjectives d'opposition d'intérêts<sup>5</sup>. Aussi, à l'instar de la position retenue pour l'appréciation de l'opposition d'intérêts dans le cadre d'une procédure judiciaire, il ne nous semble pas excessif, lorsque celle-ci est objectivement constatée à l'égard d'un administrateur légal, de présumer qu'elle

---

<sup>1</sup> C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, 228, p. 902. Voir également en ce sens, M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 572 et s., p. 370 et s. F. Ghelfi-Tastevin, « l'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *Petites Affiches* n° 31 du 13 mars 1998, n° 62 *in fine* p. 11.

<sup>2</sup> Sur la représentation *ad hoc* de l'enfant dans les procédures judiciaires voir *infra* n° 564 et s. et 745 et s.

<sup>3</sup> En ce sens voir également, Massip, « Administration légale et autorité parentale », *Defrénois* 1995 Art. 36056, n° 13 p. 522. P. Salvage-Gerest, « Tutelle – administration légale pure et simple », *Jurisclasseur Civil Code Art. 389 à 392*, fasc. 20, n° 32. *Contra* voir C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, 228, p. 902

<sup>4</sup> Voir sur ce point C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, 228, p. 902 renvoyant à l'arrêt CA Paris 10 décembre 1993, *Juris-Data* n° 024138.

<sup>5</sup> « *La partialité, la chicane, l'inertie* », T. Fossier note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 janvier 1999, *Dr. fam.* 1999 comm. n° 58, p. 20. La solution en faveur d'une opposition d'intérêts unilatérale dans l'administration légale pure et simple a par ailleurs été consacrée en jurisprudence, voir notamment Cass. civ. 2<sup>e</sup> 22 mai 1996, *Bull. civ.*, II, n° 100 ; *Defrénois* 1996 Art. 36434 n° 139 ; *D.* 1997, jur., 340 obs. Massip ; *RTDciv* 1996, p. 583 obs. Hauser. Voir également sur ce point M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 574, pp. 373-374.

existe également dans sa forme subjective, à l'égard du second<sup>1</sup>. Dans ces circonstances, l'existence d'une opposition d'intérêts est bien constatée à l'égard des deux administrateurs légaux, ce qui fonde valablement la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant dans le cadre de l'administration légale pure et simple.

L'atteinte au pouvoir de représentation du parent dont les intérêts sont subjectivement en opposition avec ceux de l'enfant, apparaît totalement proportionnée au but recherché, à savoir la protection de l'intérêt de l'enfant. En effet, si le couple conjugal est uni, la collusion entre les administrateurs légaux semble *a priori* inévitable ; si le couple conjugal est désuni, le fonctionnement du couple parental doit être préservé, ce qui passe nécessairement par le fait d'éviter de ramener sur le devant de la scène les restants d'un conflit conjugal non apuré. Cette atteinte au pouvoir parental de représentation semble d'autant plus raisonnable qu'elle revêt un caractère spécial et ponctuel.

**122.** En effet, l'atteinte aux pouvoirs parentaux, que constitue la désignation d'un administrateur *ad hoc*, exclut que lui soit confié un pouvoir général de représentation de l'enfant. L'intervention d'un administrateur *ad hoc* est par conséquent toujours ponctuelle, « *il ne peut être qu'un suppléant momentané du représentant légal de l'enfant, dans le cadre d'une administration légale qui fonctionne correctement* »<sup>2</sup>. En effet, il ne saurait s'agir par sa désignation, de tenter de prévenir l'ouverture d'une tutelle<sup>3</sup>.

**123.** Aussi, puisque le mandat de représentation donné à l'administrateur *ad hoc* est d'origine judiciaire<sup>4</sup>, il appartiendra au juge, dans le cadre de son ordonnance de désignation, de nommer précisément les actes qu'il souhaite voir accomplis par l'administrateur *ad hoc* au nom du mineur<sup>5</sup>. La rédaction de l'ordonnance de désignation de l'administrateur *ad hoc* revêt par conséquent une importance toute particulière, et notamment lorsqu'il sera question de lui faire exercer des droits procéduraux<sup>6</sup>. Ainsi, l'administrateur *ad hoc* peut suppléer l'administrateur légal dans la gestion du bien mettant en opposition ses intérêts

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 749 et s.

<sup>2</sup> C. Neirinck, « De Charybde en Scylla l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496, p. 100.

<sup>3</sup> C. Neirinck, art. préc., p. 100. Voir également en ce sens du même auteur « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, 228, p. 903

<sup>4</sup> G. Favre-Lanfray, *La représentation "ad hoc" de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, p. 287

<sup>5</sup> C. Neirinck, art. préc., p. 100.

<sup>6</sup> Pour plus de détails sur ce point voir *infra* n° 578.

avec ceux de l'enfant ; il disposera alors sur ce bien du pouvoir d'accomplir seul les actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation <sup>1</sup>. L'administrateur *ad hoc* peut également être amené à substituer l'administrateur légal pour la réalisation d'un acte juridique précis, à l'issus duquel sa mission prendra automatiquement fin.

**124.** Il apparaît alors que l'administrateur *ad hoc* dispose pour la réalisation de sa mission des pouvoirs dont l'administrateur légal aurait été titulaire en l'absence d'opposition d'intérêts ; ainsi leurs limites sont identiques à celles qui existent à l'égard des pouvoirs de l'administrateur légal <sup>2</sup>. Néanmoins, l'administrateur *ad hoc* ne peut exercer ses pouvoirs que dans les limites des droits reconnus à l'enfant <sup>3</sup>, son intervention ne peut servir à pallier que son incapacité d'exercice et non une incapacité de jouissance.

**125.** La complexité de l'institution de l'administrateur *ad hoc* n'enlève rien au caractère indispensable de sa mission. Il est un élément essentiel du droit français des incapacités. Il permet notamment à celui-ci de trouver un point d'équilibre indispensable au bon fonctionnement de l'administration légale, et par extension de la tutelle. Il est le garant d'un exercice raisonné du pouvoir de représentation légale à l'égard de l'enfant, et d'une protection efficace des intérêts de ce dernier durant sa minorité. Sa place doit être confortée et la professionnalisation de cette mission peut être une voie pour y parvenir. Aujourd'hui, l'utilisation de cette institution par les praticiens l'amène parfois à exercer ses fonctions dans un domaine qui n'est pas le sien et notamment celui des conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale <sup>4</sup>. La cohérence d'ensemble du système doit à tout prix être préservée et l'administrateur *ad hoc* « *ne doit pas être la bonne à tout faire, désigné pour résoudre des difficultés insolubles* » <sup>5</sup>. Certes, à l'heure actuelle les dispositions législatives en vigueur ne permettent guère de marge de manœuvre pour garantir la place de

---

<sup>1</sup> Voir en ce sens J. Massip, « administration légale et autorité parentale », *Deffrénois* 1995, Art. n° 36056, n° 15, p. 523. Voir également G. Raymond, « Administration légale et tutelle », *Rép. civ. Dalloz* 2000 n° 46, p. 7.

<sup>2</sup> J. Hauser, « De la nature juridique de la représentation des mineurs (à propos de Cass. ch. mixte, 9 février 2001) » *RJPF* 2001, p. 6. Voir également en ce sens G. Favre-Lanfray, *La représentation "ad hoc" de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, para. 676 et s., pp. 379 et s.

<sup>3</sup> Sur ce point voir *infra*, et notamment les développements relatifs à Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *J.C.P. G* 2001, II, 10514 note Fossier ; *RJPF* avril 2001, 21 note P. Guerder ; *RJPF* juin 2001, 6, note J. Hauser ; *Dr. fam* mai 2001, 22 note A. Gouttenoire-Cornut ; J. Hauser, « L'enfant contre ses parents : l'opposition d'intérêts ne crée pas un intérêt justifiant la tierce opposition », *RTDciv* 2001, 333, n° 7 ; M. Bruggeman « Droit d'action du mineur et administrateur *ad hoc*, note sous Cour de cassation, Chambre mixte 9 février 2001 », *RDSS* 2001, 833.

<sup>4</sup> Pour plus de détails voir *infra* n° 564 et s.

<sup>5</sup> C. Neirinck, « De Charybde en Scylla l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496, p. 100.

l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale, notamment dans les situations conflictuelles à son égard. Il nous semble toutefois que les difficultés actuelles ne sauraient être résolues de manière satisfaisante par l'intervention d'un administrateur *ad hoc*. La capacité de l'enfant pour les actes relatifs à sa personne est à promouvoir, et cela ne peut passer que par une modification substantielle du droit français des incapacités.

**126.** Dans un but de protection les droits français, anglais et écossais organisent l'accès du mineur au droit par un régime d'action pour le compte de l'enfant. Que celui-ci vise à pallier une incapacité d'exercice, dans les droits français et écossais, ou une incapacité naturelle à agir, en droit anglais, ce régime se traduit par un effacement de la personne de l'enfant derrière celle de son représentant. Ce régime n'a cependant pas vocation à régir l'intégralité de la minorité de l'enfant. En effet, parallèlement à celui-ci, chacun des systèmes a recours à des mécanismes qui permettent une participation plus ou moins importante de l'enfant à la réalisation de l'acte juridique, notamment au moyen du régime d'assistance et d'autorisation.

**127.** Ainsi, nous étudierons dans le chapitre 2, les actes accomplis par les parents et pour lesquels le recueil de l'avis de l'enfant ou de son consentement est spécialement requis, ainsi que ceux qui, pour être accomplis par l'enfant, nécessitent une autorisation parentale ou leur assistance. Il nous faudra cependant garder à l'esprit que le concours parent-enfant s'il a été théorisé en droit français, ne l'a jamais été en droit anglais, et que si le régime d'assistance <sup>1</sup> a été supprimé en droit écossais avec l'adoption du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, il subsiste néanmoins dans ce système des dispositions spécifiques, qui organisent la participation de l'enfant à l'acte envisagé.

---

<sup>1</sup> Qu'était celui de *curatory*.

## *Chapitre 2. Le régime d'assistance et d'autorisation*

**128.** Le fonctionnement du régime de représentation a évolué de manière à prendre en considération l'évolution de la personnalité de l'enfant. Dans ce chapitre, la notion de représentant, sauf indication contraire, sera entendue dans un sens plus large que celui de la représentation légale pour englober dans cette étude les titulaires de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant en droit anglais, lesquels n'exercent pas à proprement parler un pouvoir de représentation, mais disposent de pouvoirs liés à l'exercice de la qualité de parents <sup>1</sup>.

Dans chacun des trois systèmes étudiés se dessinent les contours d'un régime intermédiaire entre incapacité et capacité, dont la pierre angulaire est la collaboration entre l'enfant et son représentant. L'enfant s'est ainsi vu reconnaître un certain pouvoir de contrôle sur la décision qui sera prise à son égard par son représentant, dans la mesure où les trois systèmes étudiés organisent sa participation plus ou moins active, à la réalisation de certains actes juridiques (section 1). De même, l'action de l'enfant pourra dans certaines circonstances être soumise au contrôle de son représentant, la force de ce pouvoir de contrôle pouvant varier selon la nature des actes envisagés (section 2).

### Section 1. Le contrôle de l'enfant sur l'action du représentant

**129.** Organiser la participation de l'enfant aux actes qui le concernent en fonction de son degré de maturité, est une voie médiane entre la capacité et l'incapacité. La mise en œuvre de cette participation peut varier selon la nature des actes envisagés, et le poids de cette participation variera en fonction de la personnalité du mineur. Dans les droits français, anglais et écossais les possibilités de participation offertes à l'enfant, peuvent prendre deux formes. Ainsi, l'enfant peut intervenir en ne donnant qu'un avis sur l'acte envisagé. Sa participation se résumera alors à une consultation (§1). À un degré plus important, le consentement

---

<sup>1</sup> Sur ce point voir *supra* n° 27 et s.

de l'enfant peut être requis pour la réalisation de l'acte. Ici, la participation de l'enfant revêtira une force plus importante, dans la mesure où ce droit peut lui permettre d'exercer un veto sur l'acte envisagé (§2).

### § 1. *L'avis de l'enfant*

**130.** La participation de l'enfant à un acte juridique le concernant peut se manifester par le recueil de son avis. Le droit de l'enfant à être consulté a notamment été consacré par l'article 12 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, en vertu duquel « *les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ». Dans les droits français, anglais et écossais la traduction la plus visible de ce droit reconnu à l'enfant s'est manifestée par l'organisation, chacun selon des modalités propres, de la consultation de l'enfant dans les procédures judiciaires le concernant<sup>1</sup>. Cependant, l'article 12 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant a également vocation à s'appliquer en dehors des instances judiciaires, pour toute question relative à l'enfant. La consécration par les systèmes étudiés, d'un droit de l'enfant à être consulté en dehors des procédures judiciaires le concernant<sup>2</sup>, n'a pas suivi immédiatement la ratification de la Convention. Ce droit apparaît cependant aujourd'hui, comme un élément fondamental de l'organisation juridique des relations entre parents et enfant<sup>3</sup>.

**131.** En **droit anglais**, seules les autorités locales sont soumises à l'obligation légale de consulter l'enfant pris en charge, sur l'ensemble des décisions le

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur ce point voir *infra* n° 331 et s.

<sup>2</sup> Il est à noter que dans les trois systèmes étudiés, c'est à la suite de la ratification de la Convention internationale sur les droits de l'enfant qu'ont été introduites au sein des droits internes les dispositions relatives à l'audition de l'enfant en justice, et à l'organisation du recueil de ses souhaits et sentiments. Cette question est traitée intégralement dans la seconde partie de cette étude, mais nous pouvons cependant noter ici qu'elle participe à la reconnaissance d'un droit plus général de l'enfant à être consulté pour la prise de décision le concernant.

<sup>3</sup> Voir notamment P. Hilt, « La loi du 4 mars 2002 : les juges ne suivent pas toujours », dossier Autorité parentale : premier bilan, *AJ fam.* septembre 2003, p. 290.

concernant <sup>1</sup>. L'opinion ainsi exprimée doit être dûment prise en considération, à la lumière de son âge et de son discernement <sup>2</sup>. Cette obligation de consultation n'a pas été étendue aux parents de l'enfant, au regret d'une partie de la doctrine <sup>3</sup>. L'enfant placé sous protection devra ainsi être consulté par les services sociaux sur son projet de prise en charge (*care plan*), ainsi que sur son adoption <sup>4</sup>. À la différence des droits français et écossais, l'enfant ne dispose pas en droit anglais, du droit de consentir à son adoption <sup>5</sup>. En vertu de la liste légale des éléments d'appréciation du bien-être de l'enfant (*welfare checklist*), les souhaits et sentiments de l'enfant sont des éléments qui doivent être pris en compte pour la détermination de son intérêt (*welfare*) <sup>6</sup>. Cette obligation pour les services sociaux de recueillir l'avis des enfants pris en charge, et de les associer aux décisions qui les concernent a également été consacrée en droit français <sup>7</sup> avant d'être étendue aux titulaires de l'autorité parentale.

**132.** Dans les **droits français et écossais**, la consultation de l'enfant par les titulaires de l'autorité parentale ou des droits et devoirs parentaux, en dehors des procédures judiciaires <sup>8</sup>, a aujourd'hui reçu une consécration légale <sup>9</sup>. Ainsi, en droit français, le nouvel article 371-1 du Code civil <sup>10</sup> dispose dans son dernier alinéa : « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ». De même, la section 6(1) du *Children (Scotland) Act 1995* impose

---

<sup>1</sup> « *Before making any decision with respect to a child whom they are looking after, or proposing to look after, a local authority shall, so far as is reasonably practicable, ascertain the wishes and feelings of (a) the child...* », section 22(4) (a) du *Children Act 1989*. Pour plus de détails sur ce point voir notamment S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 22.064, pp. 772-773.

<sup>2</sup> « *In making any such decision a local authority shall give due consideration (a) having regard to his age and understanding, to such wishes and feelings of the child as they have been able to ascertain* », section 22(5)(a) du *Children Act 1989*.

<sup>3</sup> Voir notamment la position du professeur Fortin sur ce point, qui insiste sur l'importance symbolique d'une telle consécration. J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 79 et p. 203.

<sup>4</sup> Voir notamment sur ce point S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 23.026, p. 816.

<sup>5</sup> Voir *infra* n° 145.

<sup>6</sup> Section 1(3)(a) du *Children Act 1989*. Sur ce point voir *infra* n° 460 et s.

<sup>7</sup> « *Le service examine avec le mineur toute décision le concernant et recueille son avis* », Art. L. 233-4 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>8</sup> Sur le recueil des souhaits et sentiments de l'enfant et son audition par le juge voir *infra* n° 331 et s. Il apparaît en effet que la consultation de l'enfant s'impose dans un certain nombre de procédures.

<sup>9</sup> Cf la position des autres pays européens sur ce point, K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summers (eds), *European Family Law in Action. Volume III : Parental responsibilities*, Intersentia, CEFL 2005, pp. 183 et s.

<sup>10</sup> Introduit par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.

aux parents qui doivent prendre une « *décision importante* » dans l'exercice de leurs droits et devoirs parentaux, « *d'avoir, dans la mesure du possible, égard à l'opinion de l'enfant concerné (si celui-ci souhaite l'exprimer) en tenant compte de son âge et de sa maturité...* »<sup>1</sup>. Poser en principe juridique la consultation de l'enfant, ou son association aux décisions qui le concernent, participe du renforcement de la place qui lui est accordée par le droit au sein même de sa famille. La référence faite aux « parents » nous semble cependant devoir être entendue au sens large et comprendre l'ensemble des personnes qui exercent l'autorité parentale ou les droits et devoirs parentaux à l'égard d'un mineur.

**133.** En droit français, comme en droit écossais, ce principe est cependant davantage compris comme un précepte, un guide, et n'apparaît pas devoir être assorti d'une sanction en cas de non-respect<sup>2</sup>. L'avis de l'enfant n'est qu'un élément dans la prise de décision le concernant, il ne lie pas le représentant légal qui reste le décideur<sup>3</sup>. La *law commission* écossaise, et par la suite le législateur écossais, ont à ce titre jugé nécessaire de garantir les droits des tiers en ce domaine. Ainsi, une transaction<sup>4</sup>, conclue de bonne foi par un tiers avec les représentants légaux de l'enfant, ne saurait être remise en cause en raison de la seule absence de consultation de l'enfant ou à défaut de prise en compte de son opinion à ce sujet<sup>5</sup>.

**134.** Une différence notable existe cependant entre le droit français et le droit écossais. Si l'article 371-1 du Code civil prévoit de manière générale l'association de l'enfant à l'ensemble des décisions qui le concernent, le **droit écossais** réserve la

---

<sup>1</sup> « *A person shall, in reaching any major decision which involves (a) his fulfilling a parental responsibility (...) or (b) his exercising a parental right (...) have regard so far as practicable to the views (if he wishes to express them) of the child concerned, taking account of the child's age and maturity...* », section 6(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> Voir notamment la position de la *law commission* écossaise dans son rapport ayant précédé l'adoption du *Children (Scotland) Act 1995*. Voir plus particulièrement les paragraphes 2.60 et suivants du *Report on Family law, Scot Law Com No 135*, Edimbourg HMSO 1992. De même en droit français le non respect de cette obligation d'association de l'enfant n'est pas juridiquement sanctionné.

<sup>3</sup> Le professeur Sutherland fait très justement remarquer à ce sujet que si « *la participation est un droit de l'enfant, la prise de décision est une responsabilité de l'adulte* », « *participation is a child's right, decision-making is an adult responsibility* », E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.37, p. 89.

<sup>4</sup> L'exemple donné par la *law commission* écossaise en ce domaine est celui d'un acte juridique, conclu entre le représentant légal et un tiers, sur un bien appartenant au mineur de seize ans. *Report on Family law, Scot Law Com No 135*, Edimbourg HMSO 1992, para. 2.66.

<sup>5</sup> « *A transaction entered into in good faith by a third party and a person acting as legal representative of a child shall not be challengeable on the ground only that the child (...) was not consulted or that due regard was not given to his views before the transaction was entered into* », section 6(2) du *Children (Scotland) Act 1995*.

consultation de l'enfant aux décisions « *importantes* » (*major decisions*)<sup>1</sup>. Poser une telle distinction entre les décisions importantes et celles qui le sont moins, nous apparaît regrettable et source de difficultés notamment quant à leur détermination<sup>2</sup>. En effet, les dispositions légales n'ont pas vocation à régir le parti pris éducatif des parents dans leurs relations quotidiennes avec l'enfant. Elles visent à garantir à l'enfant le droit d'être consulté lorsqu'un choix s'offre à ses représentants quant à l'organisation de son mode de vie. L'importance apparaît alors comme une notion relative, et en ce qui concerne l'enfant, au moins à ses yeux, tout choix est important<sup>3</sup>.

Certains actes ont cependant déjà pu être classés par la doctrine écossaise, comme relevant des décisions importantes. Ainsi, il apparaît que les parents doivent consulter l'enfant lorsqu'il sera question pour eux de procéder à la désignation d'un tuteur par voie testamentaire<sup>4</sup>. Cette obligation s'impose également à eux en matière de choix relatifs à l'éducation de l'enfant<sup>5</sup>, ou à la résidence de la famille<sup>6</sup>, ainsi que pour la réalisation d'actes juridiques de nature judiciaire ou extra-judiciaire dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir de représentation légale<sup>7</sup>. La jurisprudence a également eu à connaître d'affaires, lesquelles étaient principalement relatives à la détermination de la résidence de l'enfant, où l'avis émis par ce dernier s'est révélé avoir un rôle déterminant dans la résolution du

---

<sup>1</sup> La *law commission* écossaise a jugé « *irréaliste* » d'imposer aux parents la consultation de l'enfant pour l'ensemble des décisions le concernant. « *In the case of a parent, or other individual with parental rights, it would be unrealistic to require consultation on all decision, however minor, relating to the child* », *Report on Family law, Scot Law Com No 135*, Edimbourg HMSO 1992, para. 2.62.

<sup>2</sup> Cette difficulté n'est cependant pas passée inaperçue aux yeux de la *law commission* écossaise, « *however, it would be difficult to define major decision with any precision* », *Report on Family law, Scot Law Com No 135*, Edimbourg HMSO 1992, para. 2.62.

<sup>3</sup> Pour apporter de la nuance à ces propos il nous faut toutefois noter que cette référence à la notion de « décision importante » semble avoir été faite à la lumière des dispositions déjà existantes en droit écossais, lesquelles imposaient aux autorités locales et aux institutions ayant en charge des enfants d'avoir égard à leurs souhaits et sentiments, lorsqu'elles étaient amenées à prendre des décisions les concernant (section 20 du *Social Work (Scotland) Act 1968*). Pour la *law commission* écossaise, la question s'est alors posée de savoir si une telle obligation pouvait être étendue aux parents. Il lui est alors apparu que les décisions concernant les enfants prises par les autorités locales et les institutions étaient toujours importantes, ce qui pouvait ne pas être le cas pour les parents. Aussi, c'est avec la volonté de ne pas imposer aux parents des obligations identiques à celles devant être remplies par les autorités locales, qu'une tentative de nuance a été apportée par la référence « aux décisions importantes » lorsque l'obligation de consultation s'appliquait aux premiers. Sur ce point voir *Report on Family law, Scot Law Com No 135*, Edimbourg HMSO 1992, paras. 2.61 et 2.62.

<sup>4</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 7.10, p. 211.

<sup>5</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 8.44, p. 255. La question du choix de l'école de l'enfant semble également relever de cette catégorie, *ibid.*, para. 12.97, p. 392. Voir également sur ce point E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.37, p. 88.

<sup>6</sup> E. E. Sutherland, *op. cit.*, para. 6.4, p. 242.

<sup>7</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 15.35, p. 493.

conflit <sup>1</sup>. Dans tous les cas, en dernier ressort il appartiendra au juge écossais de déterminer si un acte entre ou non dans la catégorie des décisions importantes relatives à l'enfant <sup>2</sup>.

**135.** Le **Code civil français** ne précise pas le domaine qu'a vocation à régir son nouvel article 371-1 al. 3. Il apparaît néanmoins qu'avant même l'adoption de cet article, et bien avant que des exigences particulières relatives au consentement de l'enfant n'aient été posées en la matière <sup>3</sup>, la participation de l'enfant aux décisions médicales le concernant, avait déjà été consacrée en droit français. En effet, en vertu de l'article 42 alinéa 2 du Code de déontologie médicale, « *si l'incapable peut émettre un avis, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible* » <sup>4</sup>. Les dispositions de la loi du 4 mars 2002 <sup>5</sup> ont amélioré de manière considérable la place qui était accordée à l'enfant dans la prise de décision médicale le concernant. En effet, l'article 1111-2 du Code de la santé publique investit désormais le mineur d'un droit à être informé de son état de santé, et organise sa participation à la prise de décision d'une manière adaptée à son degré de maturité. Lorsqu'il apparaît au médecin que le mineur est apte à exprimer sa volonté et à participer activement à la décision médicale, le Code de la santé publique prévoit alors que le consentement de l'enfant doit être systématiquement recherché <sup>6</sup>. Le domaine de l'association de l'enfant aux décisions qui le concernent en droit français, semble à nos yeux devoir par ailleurs recouper la classification effectuée par la doctrine écossaise, tout en ne fermant aucune porte.

**136.** Une autre distinction peut également être posée entre les droits français et écossais, quant à la nature de l'obligation qui pèse sur les parents. Ainsi, le droit écossais fait expressément référence à l'obligation de prendre en compte « *les*

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur la prise en compte des souhaits et sentiments de l'enfant dans les procédures judiciaires voir *infra* n° 332 et s.

<sup>2</sup> E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.37, p. 88.

<sup>3</sup> Sur ce point voir *infra* n° 162 et s.

<sup>4</sup> Intégré au Code de la santé publique à l'article R. 4127-42. De même, au niveau européen une Recommandation avait été adoptée en ce sens par le Comité des ministres, laquelle prévoit qu'à l'égard du patient mineur, en plus du consentement à l'acte médical donné par le représentant légal, quand il « *est capable de discernement, son avis sera recueilli et il en sera tenu compte dans toute la mesure du possible* », article 6 de la Recommandation n° R (83)3 : 382<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres 26 mars 1985.

<sup>5</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

<sup>6</sup> Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique. Voir *infra* n° 162 et s.

*opinions* » de l'enfant concerné <sup>1</sup>. Le droit français quant à lui pose le principe d'une « *association* » de l'enfant aux décisions qui le concernent <sup>2</sup>. Cette seconde notion apparaît plus large qu'une simple consultation, et englobe à nos yeux tout moyen de participation à l'acte, laquelle peut aller jusqu'à organiser la présence physique de l'enfant au moment de sa réalisation. Donner à l'enfant la possibilité de donner son opinion et d'être associé d'une manière ou d'une autre à la réalisation d'un acte juridique le concernant, est une avancée juridique importante. Cette reconnaissance contribue à assurer à l'enfant une place dans le processus décisionnel le concernant, là où jusqu'alors, la mise en œuvre du mécanisme juridique de représentation légale excluait toute collaboration de l'enfant.

**137.** À défaut de sanctionner juridiquement le défaut de consultation de l'enfant par les titulaires des droits et devoirs parentaux, le **droit écossais** a néanmoins cherché à ouvrir au maximum le champ de la consultation de l'enfant. En effet, le droit écossais, après avoir posé le principe de la consultation de l'enfant en fonction de son âge et de sa maturité, pose la présomption selon laquelle, « *sans qu'il soit porté atteinte à la portée générale de la section, un enfant de douze ans et plus, sera présumé d'un âge et d'une maturité suffisante pour formuler une opinion* » <sup>3</sup>. L'utilisation d'une présomption de maturité est tout à fait novatrice. Le droit écossais utilise également cette même présomption, dans le cadre des procédures judiciaires concernant l'enfant, lorsqu'il sera question pour le juge d'apprécier sa faculté de discernement <sup>4</sup>. Sans préjuger de l'existence d'une telle maturité chez des enfants plus jeunes <sup>5</sup>, cette présomption offre néanmoins un guide juridique sûr, aux personnes qui sont amenées à prendre des décisions concernant le mineur ou bien

---

<sup>1</sup> « *The views (...) of the child concerned* », section 6(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> Art. 371-1 du Code civil.

<sup>3</sup> « *Without prejudice to the generality of this subsection a child twelve year of age or more shall be presumed to be of sufficient age and maturity to form a view* », section 6(1) *in fine* du *Children (Scotland) Act 1995*. La consultation de l'enfant âgé de douze à seize ans par ses parents pour la prise de décision le concernant avait déjà été recommandée quelques années auparavant par le Centre écossais de Droit de l'enfant (*Scottish child law centre*). Voir en ce sens les travaux de la *law commission* écossaise : *Parental responsibilities and rights, guardianship and the administration of children's property*, *Scot Law Com No 88* Edimbourg HMSO 1990, paras. 2.41 et s., pp. 34 et s.

<sup>4</sup> Pour plus de détails sur ce point voir *infra* n° 903. Voir également les dispositions de la section 11(10) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>5</sup> La *law commission* écossaise avait eu à cœur de « *ne pas donner l'impression que les opinions des enfants de moins de douze ans n'étaient jamais importantes* », et il lui est apparu essentiel que la loi soit très claire sur ce point. Voir *Report on Family law*, *Scot Law Com No 135*, Edimbourg HMSO 1992, para. 2.65. Ainsi, le législateur écossais a en effet pris soin de préciser que l'existence de cette présomption ne saurait porter atteinte à la généralité d'application de la section 6(1).

à contracter avec lui. Le choix de l'utilisation d'une telle présomption ouvre le droit à être consulté à tous les mineurs dont la maturité permet de formuler une opinion, tout en offrant l'automatisme et la simplicité du critère du seuil d'âge. La présomption étant réfragable l'aspect négatif de l'automatisme disparaît, dans l'hypothèse où l'enfant à cet âge n'aurait pas encore acquis une maturité suffisante pour se prononcer.

**138.** Le droit de l'enfant à émettre un avis dans les décisions qui le concernent, a par ailleurs été consacré en **droit français** en dehors du cercle familial. Il apparaît en effet que le droit français a reconnu à l'enfant, en sa qualité d'élève, un droit à être consulté par les instances éducatives. Ainsi, « *si le choix de l'orientation de l'élève est une responsabilité de la famille* »<sup>1</sup>, l'élève doit y être associé dans la mesure où, il lui appartient « *d'élaborer son projet d'orientation scolaire et professionnelle, avec l'aide de l'établissement et de la communauté éducative* »<sup>2</sup>. Dans le cadre du processus d'orientation de l'élève, s'il apparaît que « *les propositions ne sont pas conformes aux demandes, le chef d'établissement ou son représentant reçoit l'élève et ses parents, ou l'élève majeur afin de les informer des propositions du Conseil de classe et de recueillir leurs observations* »<sup>3</sup>. S'il est fait appel d'une décision relative à l'orientation de l'élève mineur, celui-ci pourra « *être entendu à sa demande avec l'accord de ses parents* »<sup>4</sup>.

**139.** En plus de l'association de l'enfant aux choix relatifs à son orientation scolaire, le droit français a également consacré un véritable droit de participation indirecte de l'enfant à la vie de son établissement scolaire. En effet, la représentation des élèves est organisée notamment au sein des conseils d'administration des collèges et des lycées<sup>5</sup> et de leurs commissions permanentes<sup>6</sup>, ainsi qu'au sein des conseils de discipline<sup>7</sup> et des comités d'éducation à la santé et à la citoyenneté<sup>8</sup>. Dans les lycées, la participation des élèves à la vie de l'établissement est renforcée par la présence au sein de l'établissement d'un Conseil

---

<sup>1</sup> Art. L. 331-8 du Code de l'éducation.

<sup>2</sup> Art. L. 331-7 du Code de l'éducation.

<sup>3</sup> Décret n° 90-484 du 14 juin 1990 relatif à l'orientation et à l'affectation des élèves, art. 12.

<sup>4</sup> *Ibidem*, art. 13.

<sup>5</sup> Décret n° 856924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement, art. 11.

<sup>6</sup> *Ibidem*, art. 26.

<sup>7</sup> *Ibidem*, art. 31.

<sup>8</sup> *Ibidem*, art. 30-3.

des délégués pour la vie lycéenne composé de dix lycéens élus par leurs pairs <sup>1</sup>. Le Conseil des délégués pour la vie lycéenne a pour attribution de formuler des propositions sur la formation des représentants des élèves et les conditions d'utilisation des fonds lycéens <sup>2</sup>. Par ailleurs, il est obligatoirement consulté sur un certain nombre de domaines ayant principalement trait au fonctionnement et à l'organisation de la vie de l'établissement <sup>3</sup>.

**140.** À un degré moindre, la consultation de l'enfant a également été organisée de manière indirecte par les instances politiques locales, au sein notamment des Conseils municipaux d'enfants <sup>4</sup>, et nationales, par la réunion annuelle du Parlement des enfants <sup>5</sup>.

**141.** L'association de l'enfant aux décisions qui le concernent, que cela passe par une simple consultation ou par une participation plus active de l'enfant à l'acte, semble être devenue à l'heure actuelle une évidence et une nécessité qui ne saurait plus être contestée. Cette participation de l'enfant, bien qu'elle ne soit pas forcément décisive dans la réalisation de l'acte envisagé, bat néanmoins en brèche le principe de représentation de l'enfant par ses parents. En effet, si le mécanisme de représentation joue encore, il ne le fait plus en effaçant la personne de l'enfant derrière celles de ses représentants. L'enfant est associé à l'acte, il y est présent et actif, puisqu'il est au moins entendu. La participation de l'enfant à l'acte se trouve renforcée lorsque le droit requiert un consentement express de l'enfant à l'acte

---

<sup>1</sup> Il s'agit d'une élection au scrutin plurinominal à un tour. Trois lycéens sont élus pour un an par les délégués des élèves et sept pour deux ans par l'ensemble des élèves de l'établissement. Décret n° 856924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement, art. 30.

<sup>2</sup> *Ibidem*, art. 30-1 1°.

<sup>3</sup> Il doit notamment être consulté sur les questions relatives à l'organisation des études, et du temps scolaire, sur l'élaboration du projet d'établissement et du règlement intérieur, sur les modalités générales d'information des élèves relative à l'orientation scolaire et professionnelle, sur la santé, l'hygiène, la sécurité et l'aménagement des espaces destinés à la vie lycéenne et sur l'organisation des activités sportives, culturelles et périscolaires. *Ibidem*, art. 30-2.

<sup>4</sup> Institués à l'heure actuelle dans plus de 700 villes de France ; des enfants de neuf à dix-huit ans sont élus, pour un mandat de deux ans, par leurs camarades pour les représenter auprès des organisations et des élus locaux. *Reconnaître l'enfant citoyen*, Assemblée Parlementaire, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1996, p. 103.

<sup>5</sup> Le Parlement des enfants a été organisé pour la première fois en 1994, à l'initiative du Président de l'Assemblée Nationale de l'époque Monsieur P. Seguin. Cette initiative a été poursuivie par ses successeurs depuis. Le treizième Parlement des enfants a été réuni le 10 juin 2006. Le Parlement des enfants est convoqué chaque année par le Président de l'Assemblée Nationale. Il réunit des élèves en classe de CM2, lesquels sont généralement âgés de dix à douze ans. Le travail des classes participantes consiste « à élaborer une proposition de loi sur le thème de leur choix, comprenant un exposé des motifs d'une page et cinq articles maximum » *Bulletin officiel de l'éducation nationale*, n° 36, 5 octobre 1995, p. 2836. Sur ce point voir également *supra*, n° 100-101.

envisagé. En effet, l'enfant qui a le droit de consentir se voit par conséquent reconnaître un droit de veto à l'action envisagée.

## §2. Le consentement de l'enfant

**142.** Dans certaines hypothèses, l'association de l'enfant à l'acte envisagé va plus loin que le fait pour lui d'émettre un avis. En effet, sa participation à l'acte sera plus active encore dans la mesure où, c'est de son consentement à l'acte que va dépendre la réalisation de celui-ci. En d'autres termes, l'enfant peut dans certaines circonstances bénéficier d'un droit de veto sur la décision que souhaite prendre son représentant légal (A). Il apparaît néanmoins que pour la réalisation de certains actes, le refus de consentir exprimé par l'enfant se trouve dénué de toute force juridique, l'expression de son consentement n'aura alors qu'une valeur consultative (B).

### A. Le « consentement-autorisation »<sup>1</sup>

**143.** Requérir le consentement de l'enfant pour la réalisation d'un acte, implique un concours de volontés. Les représentants légaux de l'enfant pourront agir en cette qualité, mais l'acte ne sera possible que si l'enfant y consent lui aussi personnellement. Dans les trois systèmes étudiés, il apparaît que ce régime spécifique d'assistance soit celui qui régit « *tous les actes qui concernent spécifiquement le mineur dans sa personne physique, et ceux qui affectent son individualité irréductible* »<sup>2</sup>. Il ne s'applique donc qu'à une catégorie d'actes bien spécifiques. Ces actes sont ceux qui touchent le mineur dans son individualité (1) et dans son intégrité physique (2). Pour la réalisation de ces actes, sa représentation ne peut être mise en œuvre pleinement sans que cela ne vienne heurter les droits qui lui ont

---

<sup>1</sup> Expression empruntée au professeur Hauser dans son article « Droits de l'enfant, état des lieux », *JDJ* n° 208 octobre 2001 p. 16.

<sup>2</sup> J-P. Gridel, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, chron., p. 94.

été reconnu, et la participation de l'enfant, par le biais d'une simple consultation, s'avère insuffisante.

### 1. Les actes relatifs à l'individualité du mineur

**144.** Si les droits français, anglais et écossais garantissent à l'enfant l'expression de son consentement dans les circonstances où une atteinte à son intégrité physique est envisagée<sup>1</sup>, une telle unanimité n'existe pas au regard des actes qui touchent à son individualité. Par cette notion, nous entendons ici ce qui touche à l'identification du mineur en tant que composante de sa personne, que ce soit son nom, son prénom, sa nationalité, mais encore ce qui touche à son identification en tant qu'enfant de quelqu'un ; enfin l'individualité de l'enfant apparaît également au travers des différentes facettes de sa personnalité, et des talents éventuels dont il serait pourvu. Lorsque la filiation de l'enfant résulte exclusivement d'un acte de volonté, l'adoption, il est apparu essentiel aux législateurs français et écossais de permettre à l'adolescent de participer activement à son établissement.

**145.** En effet, en **droit français**, l'enfant de plus de treize ans doit consentir personnellement à son adoption, que celle-ci soit prononcée en la forme plénière ou simple<sup>2</sup>. Le droit écossais prévoit quant à lui la nécessité de recueillir le consentement de l'enfant de douze ans à son adoption<sup>3</sup>. Le droit anglais, après avoir envisagé la reconnaissance de ce droit à l'enfant a choisi de ne pas l'intégrer dans sa dernière réforme en la matière<sup>4</sup>. Ce système prévoit cependant le recueil

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 157 et s.

<sup>2</sup> Articles 450 al. 3 et 360 du Code civil.

<sup>3</sup> « *An adoption order may not be made in respect of a child who is aged 12 or over unless the child consents ; ...* », section 32(1) du *Adoption and Children (Scotland) Act 2007*. Voir également la section 12(8) de l'*Adoption (Scotland) Act 1978*, après amendement par la section 2(3) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* ; la section 18(8) de l'*Adoption (Scotland) Act 1978* relative aux ordonnances ouvrant à l'enfant le droit d'être adopté (*orders freeing the child for adoption*). Voir également sur ce point E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 8.13, pp. 346-347 ; A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, paras 4.27 et 4.28, pp. 135-137.

<sup>4</sup> *Adoption and Children Act 2002*. Le projet de réforme de l'adoption prévoyait l'obligation de recueillir le consentement de l'enfant de plus de douze ans, à l'instar des dispositions de droit écossais en la matière. Il apparaît cependant que cette recommandation n'ait pas reçu le soutien des agences

obligatoire des souhaits et sentiments de l'enfant <sup>1</sup>, ainsi que la possibilité pour l'enfant de demander à être partie à la procédure judiciaire relative à son adoption <sup>2</sup>.

**146.** Le **droit français** et le **droit écossais** ont choisi d'utiliser des seuils d'âge pour reconnaître à l'enfant le droit et la capacité de consentir à son adoption. Les seuils ainsi retenus, douze ans en droit écossais et treize ans en droit français, n'apparaissent pas suffisamment éloignés l'un de l'autre pour que leur différence apparaisse véritablement significative. Nous pouvons cependant rappeler ici le caractère historique du seuil d'âge de douze ans dans le droit écossais <sup>3</sup>, ainsi que son aspect d'âge pivot dans l'appréciation du discernement chez l'enfant <sup>4</sup>. L'enfant qui satisfait à ces conditions d'âge dispose, en droit français comme en droit écossais, de la faculté d'exercer un véritable droit de veto à son adoption. En effet, dans ces deux systèmes, il apparaît que si dans certaines circonstances, le juge dispose du pouvoir de passer outre le refus de consentir émis par les parents biologiques de l'enfant <sup>5</sup>, ou par les instances qui ont le pouvoir de consentir à l'adoption <sup>6</sup>, il lui sera impossible de ne pas tenir compte du refus de consentir émis par l'enfant. Dans cette hypothèse, le juge ne pourra pas prononcer l'adoption, et il ne contrôlera pas le caractère « *raisonnable* » de ce refus <sup>7</sup>.

---

de l'adoption, (*adoption agencies*) lesquelles ont désormais compétence pour organiser les adoptions en Angleterre, notamment en raison du « *fardeau* » que cela constituerait pour l'enfant de devoir décider de rompre les liens avec sa famille d'origine. Voir notamment sur ce point S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 23.026, p. 816. Les auteurs renvoient notamment sur ce point au *Review of Adoption Law* (1992), paras 9.5, 9.6 et 12.9, ainsi qu'aux sections 41(7) et 46(3) du *Draft Adoption Bill 1996*.

<sup>1</sup> En vertu de la section 1(3)(a) du *Children Act 1989*.

<sup>2</sup> Sur ce point voir *infra* n° 533 et s. L'enfant dispose en effet en droit anglais dans le cadre des procédures familiales (*family proceedings*) de la possibilité de bénéficier dans certaines circonstances du statut de partie à l'instance.

<sup>3</sup> C'est l'âge à compter duquel les jeunes filles passaient du statut de *pupil* à celui de *minor* avant la réforme introduite par le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Voir *supra* n° 24.

<sup>4</sup> C'est l'âge à compter duquel l'enfant bénéficie d'une présomption de maturité, en vertu des sections 6(1) *in fine* et 11(10) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>5</sup> Art. 348-6 du Code civil, section 12(2) de l'*Adoption (Scotland) Act 1978*. Il est intéressant de noter ici que les motifs qui autorisent le juge à passer outre le refus parental de consentir à l'adoption de l'enfant sont les mêmes dans les deux systèmes. Pour plus de détails sur ce point voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 4.39, p. 142-143.

<sup>6</sup> Ce pouvoir peut notamment être exercé en droit français par le conseil de famille en vertu des articles 348-2 et 349 du Code civil.

<sup>7</sup> Voir notamment sur ce point E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 8.13, p. 347. Il apparaît en effet, qu'en vertu des sections 16(2)(b) et 18(1)(b) de l'*Adoption (Scotland) Act 1978*, le juge dispose du pouvoir de passer outre un refus de consentir exprimé déraisonnablement par les parents de l'enfant, alors que le consentement de l'enfant n'est pas soumis à un tel contrôle.

**147.** Il apparaît cependant que dans l'hypothèse où le mineur se trouverait dans l'incapacité naturelle de consentir à son adoption, notamment en raison d'un trouble mental, les droits français et écossais ont opté pour deux solutions distinctes.

En **droit français**, la doctrine et la jurisprudence semblent s'accorder sur la nécessité de faire procéder par le juge des tutelles à la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant, lequel sera alors autorisé à consentir valablement à l'adoption de celui-ci <sup>1</sup>.

En **droit écossais**, cette circonstance particulière autorise le juge à se dispenser du consentement de l'enfant, et à prononcer valablement son adoption <sup>2</sup>.

La désignation en **droit français**, d'un administrateur *ad hoc* pour consentir valablement à la place d'un mineur de plus de treize ans à un acte aussi personnel que son adoption semble avoir une efficacité pratique non négligeable. Nous ne pouvons cependant que mettre l'accent sur l'absence de fondement légal d'une telle désignation, dans la mesure où le domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc* est celui de l'opposition d'intérêts entre l'enfant et son représentant légal. Sa mission consiste à se substituer de manière ponctuelle au représentant légal de l'enfant, dans les limites qui lui ont été données par le juge qui l'a désigné. Ainsi, son intervention ne saurait en principe servir à pallier une incapacité naturelle de l'enfant à exprimer un consentement.

La **législation écossaise** a sur ce point le mérite de la clarté et de la simplicité, et une intervention du législateur français dans un sens identique pourrait sembler opportune. Le TGI étant par ailleurs chargé de vérifier la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant avant de la prononcer <sup>3</sup>, lui donner la possibilité, dans l'hypothèse où le mineur de plus de treize ans se trouve dans l'incapacité naturelle d'émettre une volonté, de prononcer l'adoption directement sans qu'il soit nécessaire de recourir à un administrateur *ad hoc* permettrait de donner davantage de cohérence à cette institution.

---

<sup>1</sup> Voir notamment en ce sens *Droit de la famille*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001/2002, n° 1626, p. 598. Voir également TI Châlons-sur-Marne, ord. Juge des tutelles 1<sup>er</sup> juin 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, 175 note Decheix.

<sup>2</sup> « *An adoption order shall not be made in relation to a child of or over the age of 12 years unless with the child's consent ; except that where the court is satisfied that the child is incapable of giving his consent to the making of the order, it may dispense with that consent* », section 12(8) de l'*Adoption (Scotland) Act 1978* ; la section 18(8) relative aux ordonnances ouvrant à l'enfant le droit d'être adopté (*orders freeing the child for adoption*), est rédigé en des termes identiques.

<sup>3</sup> Art. 353 du Code civil.

**148.** Le poids du consentement à son adoption, exprimé par l'enfant, est renforcé par l'existence de dispositions légales qui organisent son recueil. Ainsi, en **droit français**, le consentement de l'enfant à son adoption est recueilli de manière identique à celui donné par ses père et mère et à défaut par les titulaires de l'autorité parentale. En effet, celui-ci doit être recueilli par le greffier en chef du Tribunal d'instance, par un notaire ou par un agent diplomatique ou consulaire français <sup>1</sup>.

En **droit écossais**, le consentement de l'enfant à son adoption doit être recueilli au cours de la procédure par un *curator ad litem* <sup>2</sup>. Celui-ci est en droit écossais le garant de la régularité de procédure d'adoption, et à ce titre il devra s'assurer que le consentement de l'enfant de plus de douze ans a bien été recueilli, ce qu'il devra consigner à la procédure <sup>3</sup>.

**149.** Dans les droits français et écossais, en deçà du seuil d'âge à compter duquel le consentement de l'enfant à son adoption est une obligation légale, sa participation à l'acte est néanmoins organisée.

Ainsi, en droit français en vertu des dispositions de l'article 388-1 du Code civil, l'enfant discernant, quel que soit son âge, dispose de la faculté de solliciter son audition dans le cadre des procédures judiciaires le concernant <sup>4</sup>, au titre desquelles figurent celles qui sont relatives à son adoption.

De la même manière, les dispositions relatives à l'adoption, applicables en droit écossais, organisent la consultation du mineur de moins de douze ans dans le cadre de la procédure visant à son adoption <sup>5</sup>.

**150.** En dehors de l'hypothèse de son adoption, et celle des situations qui touchent à la santé de l'enfant <sup>6</sup>, le droit écossais n'organise pas le recueil du

---

<sup>1</sup> Art. 348-3 du Code civil. Voir également *Droit de la famille*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001/2002, n° 1626, p. 598. Il est à noter cependant, que ces dispositions restent insuffisantes pour garantir l'absence de pressions antérieurement exercées sur l'enfant, par les services sociaux ou les personnes de son entourage.

<sup>2</sup> Pour plus de détails sur cette fonction voir *infra* notamment n° 96 et n° 785 et s.

<sup>3</sup> Section 2.26(2)(b) de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*.

<sup>4</sup> Pour plus de détails sur l'audition de l'enfant par le juge dans une procédure judiciaire voir *infra* n° 332 et s.

<sup>5</sup> Section 6(1) de l'*Adoption (Scotland) Act 1978*. Ainsi, la cour et les agences de l'adoption sont tenues de prendre en considération les souhaits émis par l'enfant au sujet de son adoption. L'effectivité du recueil de l'avis de l'enfant est également contrôlé au cours de la procédure judiciaire par le *curator ad litem*, voir les sections 2.8(2)(d), 2.26(2)(u), 2.40(2)(c), de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules)*. Pour plus de détails sur la mission du *curator ad litem* voir *infra* n° 785 et s.

<sup>6</sup> Voir *infra* n° 253 et s.

consentement de ce dernier. Le **droit français** quant à lui ne limite pas l'obligation légale de recueillir le consentement de l'enfant de plus de treize ans à l'hypothèse de son adoption. Ainsi, en vertu du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, les modifications relatives à l'état de l'enfant sont soumises au contrôle du juge. La force attachée aux éléments d'identification de la personne n'est pas seulement liée à des considérations d'ordre public. Leur importance est déterminante au regard de la construction personnelle d'une individualité au sein de la société. L'aspect psychologique que renferme cette identification a conduit le droit français à permettre la participation active de l'adolescent aux modifications qui y seraient apportées.

**151.** En effet, en vertu des articles 60 et 61-3 du Code civil, le mineur de plus de treize ans doit consentir personnellement à tout changement de son prénom ou de son nom de famille, qui serait demandé par son représentant légal en raison d'un intérêt légitime. Ce droit de l'enfant à consentir à son changement de nom, ne s'étend cependant pas aux hypothèses où celui-ci résulterait « *de l'établissement ou d'une modification d'un lien de filiation* »<sup>1</sup>, que cette modification produise directement ou indirectement ses effets à son égard<sup>2</sup>.

La simplicité de ce principe a été altérée par l'adoption de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille<sup>3</sup>. En effet, si le mineur de plus de treize ans, adopté en la forme simple, n'a pas à consentir à l'adjonction du nom de l'adoptant à son nom de famille<sup>4</sup>, l'article 363 al. 2 du Code civil prévoit cependant que lorsque l'adoptant et l'adopté, ou l'un d'eux, portent un double nom de famille, l'adjonction de nom ne pourra se faire que dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Le mineur de plus de treize ans doit alors consentir au choix opéré par l'adoptant. À défaut d'accord du mineur sur ce point, les dispositions légales imposent que le

---

<sup>1</sup> Art. 61-3 al. 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>2</sup> Le changement de filiation a en effet été interprété par la jurisprudence comme faisant référence « à tout lien de parenté en ligne directe ». Ainsi, le changement de filiation du grand-père a pu avoir des conséquences sur le nom de famille de ses petits-enfants sans que ces derniers n'aient eu à y consentir bien qu'ils aient été âgés de plus de treize ans au moment du changement. Toulouse 20 juin 2001, *D.* 2002 jur. 131 note Mirabail, *Petites Affiches* 17 mai 2002 note Massip, *RTDciv* 2002, 269 obs. Hauser. En vertu de ces dispositions il apparaît que l'enfant de plus de treize ans qu'il soit adopté en la forme plénière ou en la forme simple, s'il doit consentir à un éventuel changement de prénom sollicité par ses représentants légaux, n'a pas à consentir au changement de nom de famille que l'adoption entraîne.

<sup>3</sup> Loi n° 2002-304 relative au nom de famille.

<sup>4</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 25 novembre 2003, *Bull. civ.*, I, n° 240 ; *D.* 2004, IR 104 ; *RJPF* 2004 14 obs. Valory ; *Dr. fam* 2004 n° 69 note Murat ; *Dr. et patr.* juin 2004, p. 95 obs. Loiseau ; *RTDciv.* 2004, 262, obs. Hauser.

nom de famille de l'adopté « *résulte de l'adjonction du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté* »<sup>1</sup>.

**152.** Le consentement du mineur étranger de treize ans est également requis en droit français, dans l'hypothèse où ses représentants légaux réclameraient en son nom la nationalité française<sup>2</sup>.

**153.** Le droit français de la propriété intellectuelle, en raison de son caractère spécifique, à savoir qu'il revêt une dimension morale autant que patrimoniale<sup>3</sup>, protège également le mineur dans son individualité artistique<sup>4</sup>. Ainsi, si « *le droit juge nécessaire l'intervention des représentants légaux de l'auteur ou de l'artiste interprète pour l'exploitation des droits pécuniaires inhérents à la qualité de l'œuvre* »<sup>5</sup>, la dimension morale du droit d'auteur interdit que la représentation légale joue pleinement, lorsqu'il sera question d'autoriser la divulgation de l'œuvre du mineur. Le contrat d'édition a ainsi pu être rangé dans la catégorie des actes patrimoniaux à caractère personnel<sup>6</sup>. Par conséquent, l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle, requiert pour la validité d'un contrat d'édition, l'expression par écrit du consentement personnel de l'auteur de l'œuvre, quand bien même celui-ci serait juridiquement incapable, sauf impossibilité physique pour lui de donner son consentement<sup>7</sup>.

Le refus du mineur de consentir à la divulgation au public de son œuvre y fait irrémédiablement obstacle, empêchant par là même son exploitation pécuniaire. Le

---

<sup>1</sup> Art. 363 al. 2 *in fine* du Code civil.

<sup>2</sup> Art. 21-11 du Code civil. Cet article prévoit en effet que la nationalité française peut être réclamée au nom de l'enfant mineur né en France de parents étrangers, à partir de l'âge de treize ans et avec son consentement personnel, dès lors que celui-ci a résidé en France depuis l'âge de huit ans.

<sup>3</sup> « *Le droit français des auteurs repose sur une distinction entre d'une part, le droit moral 'destiné à sauvegarder leurs intérêts spirituels qu'engagent leur création, et d'autre part des droits pécuniaires qui consistent en un monopole d'exploitation accordé aux créateurs et destinés à leur permettre de monnayer la communication de leur œuvre au public'* », R. Laurent, *Les actes juridiques et l'enfant*, thèse Paris Sud 1996, n° 1492, p.409, renvoyant à A. Françon, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chron, XII p. 55.

<sup>4</sup> L'œuvre est considérée comme faisant partie intégrante de la personnalité de l'auteur jusqu'à sa divulgation, pour ensuite devenir un bien patrimonial, voir en ce sens C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, précis Dalloz 8<sup>e</sup> éd. 1997 n° 136, p. 117. Pour plus de détails sur l'exploitation des droits artistiques de l'enfant mineur voir R. Laurent, *Les actes juridiques et l'enfant*, thèse Paris Sud 1996, n° 1492 et s., pp.409 et s.

<sup>5</sup> R. Laurent, *Les actes juridiques et l'enfant*, thèse Paris Sud 1996, n° 1512 et s., pp.414 et s.

<sup>6</sup> J. Stoufflet, « L'activité juridique du mineur non émancipé », *Mélanges Voirin LGDJ* 1967, n° 14, p. 788.

<sup>7</sup> « *Le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire. Sans préjudice des dispositions qui régissent les contrats passés par des mineurs et des majeurs en curatelle. Le consentement est même exigé lorsqu'il s'agit d'un auteur légalement incapable sauf si celui-ci est dans l'impossibilité physique de donner son consentement* », Art. L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle.

consentement exprimé par le représentant légal, à la divulgation de l'œuvre de l'enfant, se trouverait alors dénué de toute valeur juridique. L'interprétation contemporaine de l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle, semble aller jusqu'à reconnaître au mineur une pleine capacité en ce domaine, dans la mesure où le consentement donné par l'enfant serait à lui seul suffisant pour autoriser la publication de l'œuvre, en dépit d'une opposition exprimée par ses représentants légaux <sup>1</sup>.

Toutefois, ce pouvoir d'autorisation reconnu à titre personnel au mineur, ne semble pas devoir s'étendre à la divulgation de faits relatifs à sa vie privée à l'attention d'un écrivain pour la réalisation de son œuvre. Ainsi, dans l'affaire Russier <sup>2</sup>, il a été jugé que « *l'approbation donnée par un mineur à l'œuvre d'un écrivain est juridiquement inopérante* », ce qui a permis au représentant légal du jeune homme, agissant tant en son nom personnel, qu'au nom de son fils en sa qualité d'administrateur légal, d'assigner la société d'édition et l'auteur de l'ouvrage relatant la liaison que le jeune homme avait eue avec un de ses professeurs. Le représentant légal a ainsi pu obtenir en justice la saisie du livre, à la rédaction duquel le mineur avait pourtant activement contribué, notamment en fournissant de la documentation à l'auteur.

Ainsi, l'individualité du mineur sera protégée pour les œuvres dont il est personnellement l'auteur, et non pour celles auxquelles il serait amené à contribuer. La limite à l'exigence de l'expression du consentement du mineur, tirée d'une impossibilité physique de donner son consentement à la divulgation de l'œuvre dont il est l'auteur, ne saurait être entendue que de manière très restrictive, et ne couvrirait pas l'incapacité naturelle du mineur en raison de son jeune âge. Si le talent n'attend pas le nombre des années, une œuvre musicale ou picturale réalisée par un enfant en bas âge ne devrait pouvoir être rendue publique qu'au jour où le jeune artiste deviendra matériellement capable d'exprimer un consentement par écrit <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> R. Laurent, *Les actes juridiques et l'enfant*, thèse Paris Sud 1996, n° 1509, p. 413. Voir également en ce sens A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ Paris 1962, n° 66, p. 47.

<sup>2</sup> TGI Paris 8 juillet 1970, *J.C.P. G* 1970, II, 16550, note Lindon. Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 18 mai 1972, *J.C.P. G* 1972, II, 17209, concl. Lindon.

<sup>3</sup> La difficulté tient alors sans doute à la détermination de la notion d'œuvre artistique, sont-ce les balbutiements d'un enfant qui font l'œuvre, ou bien leur transformation par des parents disposant du matériel nécessaire et du réseau de connaissances indispensable pour en faire un succès ?

**154.** L'expression du consentement de l'enfant aux actes juridiques qui touchent à son individualité, a été organisée en **droit français**, par l'utilisation du seuil d'âge de treize ans. Ce critère a pour lui le mérite de la clarté et de la simplicité tant pour le juge que pour tout un chacun. Il reste néanmoins que l'utilisation du critère du discernement permettrait de davantage coller à l'évolution mentale de l'enfant, et tendrait à favoriser l'expression de sa capacité naturelle. En effet, il est en pratique fréquent que des enfants de moins de treize ans soient naturellement capables de consentir valablement à leur adoption ou bien à leur changement de nom ou de prénom. Le droit français a choisi de ne pas leur ouvrir le droit à consentir, en revanche ils pourront éventuellement être consultés à ce sujet <sup>1</sup>.

En toute circonstance, en dehors du cadre des procédures judiciaires, les parents sont aujourd'hui tenus en droit français « *d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* » <sup>2</sup>. Si la réalisation d'un acte juridique donne lieu à l'introduction d'une instance, l'article 388-1 du Code civil s'appliquera, afin de permettre au mineur discernant, quel que soit son âge, d'être entendu et de faire connaître au juge son opinion relative à l'acte envisagé.

**155.** Seuil d'âge ou discernement, le choix d'un critère n'est pas aisé, tant l'un comme l'autre ont pour eux des avantages non négligeables. Toutefois, la position innovante du droit écossais qui utilise le critère du discernement en le combinant avec une présomption de capacité, nous semble intéressante. L'application de cette technique au droit français aurait l'avantage d'ouvrir le droit à consentir à l'ensemble des mineurs discernants, tout en posant en présomption l'existence d'une telle capacité en faveur du mineur de treize ans, ce qui reviendrait à faire bénéficier ces derniers de l'automaticité du critère du seuil d'âge. La technique de la présomption de discernement, quel que soit l'âge retenu pour en faire bénéficier le mineur, est à nos yeux une voie médiane qui permet de combiner habilement et efficacement les critères de l'âge et du discernement.

**156.** En dehors des actes juridiques qui touchent à son individualité, la participation du mineur à l'acte par l'expression de son consentement est également garantie pour la réalisation d'actes qui touchent à sa santé ou qui portent atteinte à son intégrité physique.

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 135 et s.

<sup>2</sup> Art. 371-1 al. 3 du Code civil.

## 2. Les actes qui touchent à la santé ou à l'intégrité physique du mineur

**157.** Certains actes qui constituent les atteintes les plus graves à l'intégrité du corps humain ne peuvent être réalisés sur une personne mineure, quelle que puisse être la volonté parentale. Si les atteintes les plus graves sont interdites et sanctionnées par le droit pénal<sup>1</sup>, d'autres sont néanmoins autorisées sous condition, et impliquent une participation active de l'enfant à l'acte. Il apparaît cependant que le consentement-veto de l'enfant à la réalisation d'actes qui portent atteinte à son intégrité physique, n'existe de manière absolue, au sein des trois systèmes étudiés, qu'en **droit français**.

**158.** Ainsi, en vertu des dispositions de l'article 371-1 du Code civil, les décisions médicales relatives au mineur sont prises en son nom par ses représentants légaux, dès lors que celui-ci n'est pas naturellement capable d'exprimer sa volonté et de participer à la décision<sup>2</sup>. En effet, la protection de la santé de l'enfant est l'un des buts de l'exercice de l'autorité parentale. La protection de la santé de l'enfant implique cependant, de ne pas confier un blanc-seing aux parents, qui leur permettrait d'autoriser tous les actes médicaux sur la personne de leur enfant, et notamment ceux qui n'auraient pas une finalité thérapeutique directe à son endroit.

Par conséquent, en droit français, « *aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure* »<sup>3</sup>. De la même manière, le prélèvement d'organes en vue d'un don est

---

<sup>1</sup> Nous plaçons hors du cadre de notre étude les actes de torture et de barbarie ainsi que tous les actes constitutifs de faits de maltraitance à l'égard de l'enfant. Ceux-ci sont sanctionnés pénalement dans les trois systèmes étudiés. Cependant nous pouvons néanmoins rapporter le cas de l'excision ; elle est interdite en droit anglais et en droit écossais par la section 1 du *Prohibition of female circumcision Act 1985* et elle est une mutilation constitutive du délit visé par l'article 222-9 du Code pénal français, voir en ce sens Crim 20 août 1983, *Bull. crim.*, n° 229. Le droit anglais a également fait du tatouage des mineurs une infraction pénale « *à moins qu'il ne soit pratiqué pour raisons médicales* », voir la section 1 du *Tattooing of Minors Act 1969*. Le consentement parental à l'acte est exclu et n'enlève rien à la responsabilité pénale du tatoueur. La seule excuse admise est constituée par la dissimulation de la part de l'enfant de sa qualité de mineur et la croyance raisonnable du tatoueur dans le fait qu'il ait eu affaire à un majeur.

<sup>2</sup> Voir en ce sens A. Kimmler-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2/2005 p. 267.

<sup>3</sup> Art. L. 1241-2 du Code de la santé publique. En droit écossais il semble toutefois que le don de sang, de moelle osseuse ou de peau puisse être valablement autorisé par les parents d'un mineur ne disposant pas de capacité juridique en la matière, en raison de l'aptitude de ces produits du corps

interdit sur la personne vivante mineure <sup>1</sup>. Une seule exception à cette interdiction a été posée, laquelle concerne le prélèvement de moelle osseuse effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur <sup>2</sup>. Si l'enfant donneur est en bas âge, son consentement à l'acte n'est pas expressément requis. En effet, les dispositions légales organisent simplement le recueil des consentements de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou de son représentant légal. Toutefois, l'autorisation définitive à l'acte est toujours donnée par un comité d'experts, chargé notamment de s'assurer « *que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté s'il y est apte* » <sup>3</sup>. Le refus exprimé par le mineur fait obstacle au prélèvement <sup>4</sup>. Ainsi, en ce domaine, dès lors que l'enfant dispose de la capacité naturelle à exprimer sa volonté, son refus de consentir aura l'effet d'un veto à l'acte. Aucune technique juridique ne pourra être mise en œuvre afin de faire échec à l'expression de cette volonté <sup>5</sup>.

**159.** La réalisation d'une recherche biomédicale sur un mineur ou bien d'un prélèvement de sang ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui, est autorisée dans des conditions identiques, avec le consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale. Ainsi, il ne pourra être passé outre le refus de consentir exprimé par l'enfant ou la révocation d'un consentement valablement donné <sup>6</sup>.

---

humains à se régénérer chez le donneur. Voir en ce sens A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 8.49, p. 259.

<sup>1</sup> « *Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure...* », Art. L. 1231-2 du Code de la santé publique. Il est à noter que la question du don d'organes prélevés sur une personne vivante mineure n'est pas expressément réglée par la loi écossaise. La doctrine considère cependant que le consentement parental ne saurait suffire à autoriser le prélèvement d'un organe sur leur enfant, A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 8.49, p. 258. Les auteurs envisagent cependant une exception à cette restriction, tirée de l'étude de la jurisprudence américaine en la matière, dans l'hypothèse du don d'un rein au profit d'un frère ou d'une sœur de l'enfant, et dans la mesure où une volonté a été exprimée en ce sens par l'enfant donneur. En droit anglais la question du prélèvement d'organes sur une personne mineure en vue d'un don a été réglée par la section 2 du *Human Organ Transplants Act 1989*, laquelle autorise ce prélèvement chez un enfant uniquement en faveur d'un receveur génétiquement lié à lui. Sont expressément visés comme receveur autorisés : ses parents biologiques, ses frères et sœurs ou demi-frères et demi-sœur biologiques, les frères et sœurs biologiques de ses parents ainsi que leurs enfants, les enfants biologiques de ses frères et sœurs et demi-frères et sœurs. La question du consentement à l'acte par le mineur n'est cependant pas réglée par cette loi.

<sup>2</sup> Art. L. 1231-3 du Code de la santé publique.

<sup>3</sup> Art. L. 1231-3 al. 4 du Code de la santé publique.

<sup>4</sup> Art. L. 1231-3 al. 5 du Code de la santé publique.

<sup>5</sup> Nous verrons qu'il n'en va pas de même pour l'ensemble des actes médicaux, certains peuvent être, dans certaines circonstances, ordonnés par le juge des enfants après placement de l'enfant sous assistance éducative. Voir *infra* n° 171 et 190.

<sup>6</sup> Art. L. 1122-2 et L. 1221-5 du Code de la santé publique.

**160.** En **droit écossais**, la capacité juridique conférée au mineur de plus de seize ans d'accomplir tout acte juridique <sup>1</sup>, lui confère en matière de consentement à l'acte médical, des pouvoirs identiques à ceux d'un patient majeur <sup>2</sup>. Sa décision au regard d'un traitement médical, y compris dans l'hypothèse d'un refus de traitement, ne pourra ainsi être remise en cause que dans les mêmes conditions que si cette décision avait été prise par un majeur <sup>3</sup>. Le pouvoir de veto attaché au consentement ainsi exprimé, s'il n'est certes pas totalement absolu <sup>4</sup>, ne voit toutefois pas sa force juridique amoindrie en raison de la minorité de l'enfant. Le droit écossais interprète les dispositions relatives au consentement du mineur de seize ans en la matière, comme comprenant logiquement l'éventuelle expression d'un refus de traitement <sup>5</sup>, lequel ne saurait être remis en cause par l'expression d'un consentement concurrent.

**161.** Hormis ces hypothèses spécifiques, il apparaît dans les trois systèmes étudiés que la force juridique attachée au consentement exprimé par l'enfant est variable. À défaut d'associer un pouvoir de veto au consentement celui-ci n'est alors revêtu que de la force juridique d'une simple consultation.

## B. Le consentement-adhésion

**162.** En matière médicale, la question du consentement de l'enfant et de son éventuelle capacité en la matière ne se pose qu'en dehors des situations d'urgence. En effet, dans chacun des systèmes étudiés, l'urgence autorise le médecin à tout mettre en œuvre pour sauver la vie de son patient, et à agir sans son consentement, ni même celui des personnes compétentes pour consentir valablement en son nom <sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Section 1(1)(b) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Pour plus de détails voir *infra* n° 274 et s.

<sup>2</sup> J. Blackie et H. Patrick, « Medical Treatment », A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 11. 15, p. 208.

<sup>3</sup> J. Blackie et H. Patrick, art. préc., para. 11. 15, p. 208.

<sup>4</sup> À l'instar de la position retenue à l'égard des patients majeurs.

<sup>5</sup> J. Blackie et H. Patrick, art. préc., para. 11. 15, p. 208.

<sup>6</sup> Art. L. 1111-4 al. 4 du Code de la santé publique. Voir également sur ce point D. Duval-Arnould, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ Paris 1994, pp. 74-75. Voir également sur

**163.** En **droit français**, le mineur s'est vu reconnaître une autonomie totale pour tout ce qui touche à sa sexualité et à la maîtrise de sa liberté de procréer<sup>1</sup>. Cette autonomie lui est également accordée en matière médicale dès lors qu'il se trouve en conflit ou dans une situation de rupture avec ses représentants légaux<sup>2</sup>. Cette autonomie totale a également été accordée au mineur de plus de seize ans par le droit écossais, en vertu des dispositions qui lui accordent une capacité juridique pleine et entière à compter de cet âge<sup>3</sup>. Le droit anglais ne reconnaît qu'avec mesure une telle autonomie au mineur de plus de seize ans et à celui doué de la maturité Gillick (*Gillick competent*)<sup>4</sup>.

**164.** En dehors de ces domaines particuliers, dans les trois systèmes étudiés, les dispositions applicables en matière de santé des mineurs font peser la responsabilité de la décision médicale sur leurs parents, ou leurs représentants légaux<sup>5</sup>. En effet, la protection de la santé de l'enfant apparaît comme un des objectifs premiers de l'exercice de l'autorité parentale, de la responsabilité parentale ou du droit parental de représentation légale à l'égard de l'enfant<sup>6</sup>.

---

le « *principe de nécessité* » (*Principle of Necessity*) applicable en droit anglais, I. Kennedy et A. Grubb, *Principles of Medical Law*, Oxford university Press 1998 paras. 3.51 et s., pp. 131 et s.

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 239 et s.

<sup>2</sup> Voir article L. 1111-5 du Code de la santé publique et pour plus de détails voir *infra* n° 203.

<sup>3</sup> Section 1(1)(b) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Pour plus de détails sur ce point voir *infra*.

<sup>4</sup> Voir sur ce point la section 8 du *Family Law Reform Act 1969*, et l'affaire *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402, [1985] 3 WLR 830, [1986] 1 FLR 224.

<sup>5</sup> Voir en ce sens T. Fossier, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *J.C.P. G* 2003, I, 135, p. 933. Si la loi Kouchner ne consacre pas expressément l'exigence du consentement parental à l'acte médical réalisé sur la personne de l'enfant, elle y fait référence de manière indirecte dans un certain nombre de ses dispositions, voir en ce sens A. Kimmler-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2/2005 p. 267. « *any reference (...) to a person acting as the legal representative of a child is a reference to that person, in the interests of the child acting in, or giving consent to, any transaction where the child is incapable of so acting or consenting on his own behalf* », section 15(5)(b) du *Children (Scotland) Act 1995*. « *Parental responsibility means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property* », section 3(1) du *Children Act 1989*. Malgré l'absence de dispositions légales expresses en droit anglais sur ce point il apparaît que le pouvoir parental de consentir à un traitement médical sur l'enfant est tiré des principes de *common law* et de l'exercice à son égard de la responsabilité parentale voir notamment I. Kennedy & A. Grubb, *Principles of Medical Law*, Oxford University Press 1998, para. 4.10, p. 183. Voir également S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 18.019, p. 542. Voir enfin *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402, [1985] 3 WLR 830, [1986] 1 FLR 224

<sup>6</sup> Art. 371-1 al. 2 du Code civil. Section 1(1)(a) et 15(5)(b) du *Children (Scotland) Act 1995* ; A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 8.48, p. 257. A. Bainham, *Children the modern law*, 2<sup>e</sup> éd. Family law 1998, p. 241.

La décision médicale apparaît cependant sans conteste comme appartenant à la catégorie des « *décisions importantes* » (*major decisions*) en droit écossais, et à celle des décisions qui concernent l'enfant en droit français, lesquelles requièrent au moins l'association de l'enfant <sup>1</sup>. Dans certaines circonstances, la participation de l'enfant à l'acte médical passe par l'expression de son consentement, sans que ce dernier ne s'accompagne cependant d'un véritable pouvoir de veto.

**165.** Ainsi, en **droit français** le consentement de l'enfant à l'acte médical doit être systématiquement recherché par le médecin dès lors que celui-ci est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision <sup>2</sup>.

**166.** En **droit anglais** le mineur de plus de seize ans dispose de la capacité de consentir valablement à tout acte médical sur sa personne, en vertu des dispositions légales applicables <sup>3</sup>. En deçà de seize ans, la capacité juridique de consentir valablement à un examen médical dépendra de la capacité naturelle de l'enfant « *à comprendre la nature et les implications du traitement proposé* » <sup>4</sup>.

**167.** En **droit écossais**, le mineur de moins de seize ans dispose de la capacité légale de consentir en son nom, à un traitement médical ou dentaire ou à une intervention chirurgicale, s'il apparaît au praticien qui le reçoit, que celui-ci est capable de comprendre la nature et les conséquences éventuelles de l'intervention ou du traitement <sup>5</sup>.

**168.** Si les droits anglais et écossais semblent *a priori* conférer au mineur une certaine autonomie en ce domaine, le droit français instaure quant à lui une

---

<sup>1</sup> Sur ce point voir *supra* n° 111 et s.

<sup>2</sup> Art. L. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique.

<sup>3</sup> « *The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age ; (...)* », section 8 du *Family Law Reform Act 1969*.

<sup>4</sup> « *A girl under the age of 16 years had the legal capacity to consent to medical examination and treatment, including contraceptive treatment, if she had sufficient maturity and intelligence to understand the nature and the implications of the proposed treatment* », *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402, [1985] 3 WLR 830, [1986] 1 FLR 224.

<sup>5</sup> « *A person under the age of 16 years shall have legal capacity to consent on his own behalf to any surgical, medical or dental procedure or treatment where, in the opinion of a qualified medical practitioner attending him, he is capable of understanding the nature and possible consequences of the procedure or treatment* », section 2(4) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

collaboration entre l'enfant et ses parents, lesquels ne seront jamais exclus du processus décisionnel, sauf circonstances particulières <sup>1</sup>.

**169.** L'autonomie ainsi conférée au mineur **en droit anglais** et à celui de moins de seize ans en **droit écossais** apparaît cependant somme toute relative, tout comme l'est en droit français la consécration d'un droit de l'enfant à consentir à un traitement médical.

En effet, le consentement donné par un mineur de moins de dix-huit ans dans les droits français et anglais, et par un mineur de moins de seize ans en droit écossais, ne revêt pas la force juridique habituellement donnée à une telle expression de volonté. En effet, chacun des systèmes étudiés dispose de techniques juridiques permettant de passer outre la volonté ainsi exprimée par l'enfant, notamment lorsqu'elle est constitutive d'un refus de traitement. Le consentement dénué de toute force de veto apparaît alors comme l'exigence d'une simple consultation de l'enfant sur l'action envisagée, laquelle pourra être mise en œuvre malgré son opposition expresse.

**170.** La question du refus de soin exprimé par le mineur si elle est traitée de manière spécifique, par chacun des systèmes étudiés, tend à un objectif identique : la protection de la personne du mineur. Il apparaît en effet que la capacité reconnue au mineur de consentir à un acte médical ne saurait l'autoriser à refuser un traitement ou une intervention à défaut desquels son état de santé se trouverait aggravé.

**171.** En **droit français**, malgré la consécration par la loi du 4 mars 2002 <sup>2</sup> du droit de l'enfant à consentir à la réalisation d'un acte médical sur sa personne, et la reconnaissance à son égard d'une certaine autonomie en la matière, la question relative à l'expression d'un refus de traitement de sa part est néanmoins restée en suspens. Seule la question du refus de traitement par les titulaires de l'autorité

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 191.

<sup>2</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, modifiant le Code de la santé publique.

parentale a reçu une réponse légale, qui vise à garantir la protection de la santé et de la personne du mineur <sup>1</sup>

La question de pose alors de savoir si le consentement au traitement médical exprimé par les titulaires de l'autorité parentale, peut autoriser le médecin à agir sur l'enfant mature qui aurait exprimé valablement un refus de traitement, ou bien s'il ne peut être passé outre ce refus que par l'intervention d'un juge des enfants et la mise en place d'une mesure d'assistance éducative.

La doctrine française ne semble pas avoir adopté de position très nette en ce domaine <sup>2</sup>. Le professeur Raymond pense qu'il n'est possible de faire échec au refus de traitement exprimé par un mineur mature que par la mise en œuvre d'une mesure d'assistance éducative à son égard <sup>3</sup>. Le juge des enfants devra alors examiner si le refus de soins met en danger la santé de l'enfant <sup>4</sup>. Dans ce cas, il lui appartiendra d'ordonner, après audition du mineur, la mise en œuvre du traitement médical ou de l'intervention chirurgicale litigieuse.

À défaut d'assortir le consentement de l'enfant à l'acte médical d'un pouvoir de veto, la seule valeur consultative de ce consentement autorise à nos yeux les médecins à se contenter du seul consentement des titulaires de l'autorité parentale, pour administrer valablement un traitement à l'enfant contre sa volonté. En effet, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose que le consentement du mineur à l'acte médical doit être « *systématiquement recherché* », ce qui n'implique pas qu'il doive être obtenu. De plus, la prépondérance donnée par la loi Kouchner à la décision médicale sur la volonté parentale, dans l'hypothèse d'un refus de traitement des parents qui risquerait « *d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur* » <sup>5</sup>, nous permet de penser que les médecins pourront d'autant plus valablement se dispenser du consentement de l'enfant dans des circonstances identiques, qu'ils bénéficieront déjà du consentement parental pour autoriser leur action. Aussi, il nous semble que les dispositions du Code de la santé publique

---

<sup>1</sup> « Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur (...) le médecin délivre les soins indispensables », Art. L. 1111-4 al. 5 *in fine* du Code de la santé publique.

<sup>2</sup> Voir notamment A. Kimmel-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2/2005, p. 270.

<sup>3</sup> G. Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Jurisclasseur Pratique professionnelle, 4<sup>e</sup> éd. Litec LexisNexis 2003, p. 375

<sup>4</sup> Art. 375 du Code civil.

<sup>5</sup> Art. L. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique. Pour plus de détails sur ce point voir A. Kimmel-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2/2005, p. 271.

applicables en la matière, autorisent bel et bien les titulaires de l'autorité parentale à consentir valablement au traitement médical, auquel leur enfant « *apte à exprimer sa volonté* » s'oppose valablement, sans qu'il soit nécessaire de recourir dans ces circonstances à la saisine du juge des enfants, afin d'obtenir la mise en œuvre d'une mesure d'assistance éducative<sup>1</sup>. Seule se posera alors la question de l'efficacité d'un traitement médical imposé à l'enfant contre sa volonté et de l'effectivité de son suivi par le mineur.

**172.** En **droit anglais**, le cas des enfants naturellement incapables d'exprimer une volonté, mis à part<sup>2</sup>, une relative autonomie est accordée au mineur en matière médicale. En effet, les dispositions de la section 8 du *Family Law Reform Act 1969*, donnent au mineur de plus de seize ans la capacité juridique de consentir valablement à la réalisation d'un acte médical sur sa personne, sans qu'il soit nécessaire pour le médecin de rechercher l'accord parental au traitement ou à l'intervention<sup>3</sup>. De même, depuis l'arrêt *Gillick*<sup>4</sup>, les mineurs de moins de seize ans disposent du pouvoir de consentir valablement à un traitement médical, dès lors qu'ils disposent d'une maturité suffisante leur permettant de comprendre la nature et les conséquences de l'acte envisagé. La capacité ainsi acquise par l'enfant met automatiquement fin aux pouvoirs parentaux en la matière, lesquels, selon les termes de Lord Scarman, « *cèdent la place au droit de l'enfant de prendre ses propres*

---

<sup>1</sup> Dans les circonstances où l'enfant mature et ses parents s'accordent sur le refus de soins, la saisine du juge des enfants par les médecins nous semble par contre incontournable pour autoriser leur intervention. Voir *infra* n° 187 et s.

<sup>2</sup> Il appartient dans ces circonstances aux titulaires de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant de consentir aux actes médicaux accomplis sur la personne de l'enfant. Voir également en ce sens J. Flauss-Diem, « Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais », *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller : Droit des personnes et de la famille* LGDJ Strasbourg 1994, p. 115. Notre étude ne portera ici que sur la capacité à consentir exprimée par des mineurs juridiquement et matériellement capable de l'expression d'une telle volonté. Nous laissons par conséquent hors de notre sujet les dispositions relatives aux mineurs atteints de troubles mentaux.

<sup>3</sup> « *Le consentement donné par un mineur qui a atteint l'âge de seize ans à toute opération chirurgicale, à tout traitement médical ou dentaire, qui en son absence constituerait une atteinte non autorisée sur sa personne, est aussi effectif que s'il avait été donné par un majeur ; et lorsqu'un mineur en vertu de ces dispositions donne un consentement effectif à un traitement il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement de ses parents ou tuteurs* » ; « *The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age ; and where a minor has by virtue of this Section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian* », section 8 du *Family Law Reform Act 1969*.

<sup>4</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402, [1985] 3 WLR 830, [1986] 1 FLR 224.

*décisions lorsqu'il atteint un discernement et une intelligence le rendant capable de se faire sa propre opinion quand à la décision à prendre »*<sup>1</sup>.

Cette capacité juridique a depuis été largement battue en brèche en matière médicale, dans l'hypothèse d'un refus de traitement exprimé par le mineur<sup>2</sup>. En effet, la jurisprudence est même allée jusqu'à consacrer une interprétation *contra legem* des dispositions de la section 8 du *Family Law Reform Act 1969*. Ainsi, après la reconnaissance de l'autonomie du mineur mature en ce domaine par l'arrêt *Gillick*, deux arrêts fondamentaux sont venus redessiner les contours de la capacité du mineur anglais en matière médicale.

Dans une affaire *Re R*<sup>3</sup>, la construction juridique de l'arrêt *Gillick* a été totalement vidée de sa substance par les juges d'appel. Les juges de première instance avaient apporté, à nos yeux, la seule solution humainement envisageable, et juridiquement tolérable, en retenant qu'ils ne disposaient pas du pouvoir d'aller à l'encontre de la décision de refus de traitement exprimée par un mineur capable (*Gillick competent*), mais qu'en l'espèce l'état mental de R. l'empêchait de remplir cette exigence de capacité<sup>4</sup>. En appel, les juges confirmèrent l'autorisation judiciaire ainsi donnée, à l'administration contre son gré d'un traitement médical à la jeune fille, mais sur un tout autre fondement, juridiquement moins défendable cette fois-ci. Il a en effet été jugé « *qu'un enfant qui dispose la capacité Gillick peut consentir à un traitement médical, mais que s'il refuse de le faire, ce consentement peut être*

---

<sup>1</sup> « *Parental rights yields to the child's right to make his own decision when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision* », *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 855.

<sup>2</sup> Sur la question du consentement médical du mineur en droit anglais, voir plus particulièrement J. Flauss-Diem, « Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais », *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille. Liber amicorum*. LGDJ, Strasbourg 1994, pp. 115-125.

<sup>3</sup> *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 592 ; [1992] Fam 11; [1992] 1 FLR 190 ; [1992] 2 FCR 229 ; [1992] 3 Med. LR 342 ; [1992] Fam Law 67. Dans cette affaire une jeune fille de quinze ans, douée de la maturité *Gillick*, mais souffrant d'anorexie mentale et sujette à des comportements agressifs, avait refusé, dans un intervalle de lucidité, que lui soit administré contre son gré tout traitement anti-psychotique. La jeune fille fut, à la demande de l'autorité locale qui exerçait la responsabilité parentale à son égard, placée sous tutelle judiciaire (*wardship*) dans le but d'obtenir du juge une autorisation permettant à l'unité médicale ayant en charge la jeune fille de lui administrer le traitement en question sans son consentement. La nécessité impérieuse d'un traitement médical apparaissait ne faire aucun doute en l'espèce. Pour des commentaires de cette décision voir notamment G. Douglas, « The retreat from *Gillick* » [1992] 55 MLR 569 ; A. Bainham, « The judge and the competent minor » [1992] 108 LQR 194.

<sup>4</sup> *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 607. Voir également en ce sens J. Flauss-Diem, « Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais », *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille. Liber amicorum*. LGDJ, Strasbourg 1994, p. 124.

valablement donné par une personne exerçant la responsabilité parentale à son égard »<sup>1</sup>. Le revirement de jurisprudence apparaît total dans la mesure où cet arrêt consacre en matière médicale, à l'instar du droit français, la rétention d'une parcelle de pouvoir par les titulaires de la responsabilité parentale. Ce pouvoir s'exercera concurremment avec celui de l'enfant de consentir à l'acte, dans l'hypothèse où ce dernier exprimerait un refus de traitement<sup>2</sup>.

La construction paternaliste du droit médical anglais applicable au mineur a été parachevée par l'affaire *Re W*<sup>3</sup>, laquelle consacre une interprétation tout à fait restrictive des dispositions de la section 8 du *Family Law Reform Act 1969*. Dans cette affaire, les juges d'appel ont retenu que la capacité reconnue au mineur de plus de seize ans de consentir valablement à un acte médical comme s'il avait été majeur<sup>4</sup> ne l'autorisait pas dans une mesure identique à refuser son consentement à un acte médical<sup>5</sup>.

Dans cette affaire, la question du consentement à l'acte médical du mineur a par ailleurs été principalement résolue sous l'angle de la responsabilité médicale, laquelle, pour ne pas être engagée, impose que le médecin couvre son action par l'obtention d'un consentement à l'acte, que celui-ci émane du mineur, des titulaires

---

<sup>1</sup> « *A Gillick competent child can consent to treatment, but if he or she decline to do so or refuses, consent can be given by someone else who has parental rights or responsibilities* », opinion de Lord Donaldson of Lynton MR dans *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 601.

<sup>2</sup> Voir en ce sens I. Kennedy & A. Grubb, *Principles of Medical Law*, Oxford University Press 1998 para. 4.10 p. 183. Pour une affaire récente voir *Re M (Child : refusal of medical treatment)* [1999] 2 FCR 577, 29 [1999] Fam Law 753. Une jeune fille de quinze ans et demi, M., refusait une transplantation cardiaque vitale, à laquelle ses parents avaient consenti. Les juges tout en retenant que l'opposition de cette jeune fille intelligente de quinze ans devait être sérieusement prise en compte ont jugé « *que le consentement pouvait être donné par M, ses parents ou la cour* » et « *que le refus exprimé par un patient mineur était important mais non décisif* » ; « *In the circumstances of the present case the consent could have been given by M herself, by her parent or by the court. A refusal by a patient who was a minor was important but not decisive* ».

<sup>3</sup> *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 64 ; [1992] 3 WLR 758 ; [1992] 4 All ER 627 ; [1992] 3 Med. LR 317 ; (1992) 142 NLJ 1124. Dans cette affaire une jeune pupille de seize ans souffrant d'anorexie mentale, soignée par un centre hospitalier local refusait son transfert et son internement dans une unité de soin spécialisée. L'autorité locale a saisi la cour d'une demande, fondée sur l'exercice de ses pouvoirs propres et discrétionnaires (inherent jurisdiction), visant à ce que ce transfert et l'internement consécutif soit judiciairement autorisés contre la volonté exprimée valablement par la jeune fille. Pour des commentaires de cette décision voir notamment J. Eekelaar, « *White coats or flack jackets ? Doctors, children and the Courts- Again* », [1993] 109 LQR 182 ; N. Lowe et S. Juss, « *Medical Treatment – pragmatism and the search for principle* », [1993] 56 MLR 865 ; J. Masson, « *Re W : appealing from the golden cage* », [1993] 5 Journal of Child Law 37.

<sup>4</sup> « *The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age...* », section 8 du *Family Law Reform Act 1969*.

<sup>5</sup> « *No minor of whatever age has power by refusing consent to treatment to override a consent to treatment by someone who has parental responsibility for the minor and a fortiori a consent by the court* » *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 84, opinion de Lord Donaldson of Lynton MR.

de la responsabilité parentale à son égard ou encore d'un juge <sup>1</sup>. Lord Donaldson MR fonde son interprétation en faveur de la rétention d'une parcelle de pouvoir des titulaires de la responsabilité parentale à l'égard de leur enfant de plus de seize ans, sur les dispositions du *Family Law Reform Act* en vertu desquelles la section 8 ne saurait rendre inefficace un consentement qui aurait été valablement donné, si celle-ci n'existait pas <sup>2</sup>. La doctrine semble cependant condamner cette interprétation, cette disposition ne viserait en effet qu'à pallier l'impossibilité matérielle à consentir du mineur de plus de seize ans, en autorisant dans ces circonstances les titulaires de la responsabilité parentale à consentir valablement à sa place <sup>3</sup>. Pour Lord Donaldson MR, ni les dispositions légales relatives au recueil du consentement médical ni l'arrêt *Gillick* <sup>4</sup>, n'ont vocation à donner au consentement exprimé par le mineur la force d'un droit de veto <sup>5</sup>. L'arrêt *Re W* consacre en dernier lieu la toute puissance du juge au regard de la protection de la santé de l'enfant, dans la mesure où celui-ci dispose à son égard, en vertu de l'exercice de ses pouvoirs propres et discrétionnaires (*inherent jurisdiction*) <sup>6</sup> de la

---

<sup>1</sup> Lord Donaldson of Lymington MR fait du consentement à l'acte médical un « *gillet pare-balle* » (*flak-jacket*) que le médecin devrait revêtir avant d'agir, afin de ne pas voir sa responsabilité pénale engagée devant les tribunaux pour atteinte à la personne. Pour Lord Donaldson, les dispositions de la section 8 du *Family Law Reform Act* n'ont pas d'autre objectif que de donner au médecin les moyens juridiques de se prémunir contre l'introduction d'une action en justice à son encontre, en multipliant le nombre des personnes juridiquement et concurremment capables d'autoriser son action. Ainsi, les titulaires de la responsabilité parentale ne disposent pas du pouvoir de remettre en cause le consentement à l'acte médical valablement donné par un mineur de plus de seize ans. *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 78-79, opinion de Lord Donaldson of Lymington MR. Cette réduction du consentement médical à sa nature « *pare-balle* » a été reçue avec réserve par la doctrine, voir plus particulièrement J. Eekelaar, « White coats or flack jackets ? Doctors, children and the Courts- Again », [1993] 109 LQR 182

<sup>2</sup> « *Nothing in this Section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this Section had not been enacted* », section 8(3) du *Family Law Reform Act 1969*.

<sup>3</sup> Voir notamment J. Eekelaar, « White coats or flack jackets ? Doctors, children and the Courts- Again », [1993] 109 LQR 183. Sur la capacité des parents à pallier l'incapacité naturelle à consentir de leur enfant voir J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 127.

<sup>4</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402, [1985] 3 WLR 830, [1986] 1 FLR 224.

<sup>5</sup> *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 71, opinion de Lord Donaldson of Lymington MR. Voir également sur cette interprétation N. Lowe et S. Juss, « Medical Treatment – pragmatism and the search for principle », [1993] 56 MLR 867.

<sup>6</sup> « *There is ample authority for the proposition that the inherent powers of the court under its *parens patriae* jurisdiction are theoretically limitless and that they certainly extend beyond the powers of a natural parent* », *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 81, opinion de Lord Donaldson of Lymington MR. Les pouvoirs propres et discrétionnaires du juge (*inherent jurisdiction*) sont directement tirés des pouvoirs régaliens de *parens patriae* visant à permettre à la Couronne d'apporter en toute circonstance protection aux plus faibles de ses sujets. Par conséquent, les pouvoirs qu'un juge peut exercer à l'égard d'un enfant ne sauraient être limités par les dispositions relatives à la responsabilité parentale, ils vont par conséquent au-delà de ceux dont sont investis les parents à l'égard de leur enfant mineur. Sur l'exercice de ces pouvoirs propres et discrétionnaires et sur l'institution de *wardship* voir *supra* n° 50 et s.

possibilité d'autoriser en tout état de cause un traitement médical, là où ce pouvoir ferait défaut aux titulaires de la responsabilité parentale<sup>1</sup> ou bien encore à l'encontre de leur volonté.

**173.** En droit anglais, le développement de l'autonomie du mineur en matière médicale est allé de paire avec un renforcement des pouvoirs accordés au juge en la matière<sup>2</sup>, ainsi qu'avec l'affirmation sans équivoque de la primauté de la décision médicale sur la volonté du patient mineur ou de celle des titulaires de la responsabilité parentale<sup>3</sup>. Aux yeux de certains auteurs, cette supériorité de la décision médicale permet de donner du sens à la distinction ainsi dressée en jurisprudence entre le consentement et le refus de consentir, dans la mesure où le médecin ne prescrit un traitement ou une intervention que dans l'intérêt de son patient<sup>4</sup>.

Ainsi, les juges anglais disposent en matière médicale de la possibilité d'agir en vertu de leurs pouvoirs propres et discrétionnaires (*inherent jurisdiction*) ou en vertu de l'exercice des pouvoirs qu'ils tirent de la tutelle judiciaire (*wardship*)<sup>5</sup>. En plus de transférer à la *High Court* l'exercice de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant<sup>6</sup>, l'ouverture d'une tutelle judiciaire lui permet d'exercer à son égard « une délégation du devoir de la Couronne de protéger ses sujets »<sup>7</sup>. Par conséquent, les pouvoirs du juge en la matière ne sont pas soumis aux limites imposées aux parents dans l'exercice de leur responsabilité parentale sur l'enfant<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 83, opinion de Lord Donaldson of Lynton MR.

<sup>2</sup> Voir notamment en ce sens J. Flauss-Diem, « Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais », *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller : Droit des personnes et de la famille* LGDJ Strasbourg 1994, p. 121.

<sup>3</sup> Voir en ce sens N. Lowe et S. Juss, « Medical Treatment – pragmatism and the search for principle », [1993] 56 MLR 871-872. Voir également J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003 p. 129.

<sup>4</sup> Voir en ce sens N. Lowe et S. Juss, art. préc., p. 871-872. Voir également J. Fortin, *op. cit.*, p. 129.

<sup>5</sup> Pour plus de détails sur cette institution, et sur la distinction entre les deux notions, voir *supra* n° 50 et s.

<sup>6</sup> *R. v Gyngall* [1893] 2 QB 232. Ainsi, dans le cadre d'une tutelle judiciaire la *High Court* exerce les pouvoirs de responsabilité parentale en lieu et place des parents et non concurremment avec eux, ce qui explique qu'elle a toute latitude pour ordonner la mesure la plus appropriée au regard de la protection du bien-être de l'enfant et pour en déterminer l'étendue. Sur les limites qui existent néanmoins dans l'exercice de la tutelle judiciaire voir *supra* n° 55.

<sup>7</sup> « *This jurisdiction (...) is the delegated performance of the duties of the Crown to protect its subjects* », opinion de Lord Donaldson MR dans l'arrêt *Re A (A minor) (Wardship : Medical Treatment)* [1991] 4 All ER 177, [1992] Fam 11, p. 24.

<sup>8</sup> Voir également en ce sens J. Flauss-Diem, « Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais », *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille. Liber amicorum*. LGDJ, Strasbourg 1994, p. 122.

Compte tenu de l'atteinte aux droits des malades que constitue l'octroi d'un pouvoir illimité au juge en matière médicale, le domaine d'application des principes posés par l'arrêt *Re W* se trouve limité, dans l'opinion du juge Balcombe, à deux hypothèses : celle où la vie de l'enfant se trouve en danger et celle où le refus de traitement risquerait de lui causer une infirmité grave et permanente <sup>1</sup>. Il nous est toutefois difficile d'affirmer qu'en dehors de ces deux situations extrêmes, le droit anglais reconnaisse effectivement au mineur un droit de consentir ayant force de veto, y compris pour la réalisation d'un acte aussi sensible qu'une interruption volontaire de grossesse. En effet, dans l'affaire *Re W* l'argumentation des avocats selon laquelle une interprétation restrictive des dispositions de la section 8 du *Family Law Reform Act 1969* et de l'arrêt *Gillick* pouvait rendre légale une interruption volontaire de grossesse pratiquée sur une patiente mineure à l'encontre de sa volonté, mais avec l'autorisation des titulaires de la responsabilité parentale, a été écartée comme hypothèse d'école par le juge Balcombe <sup>2</sup>. Pour le juge Nolan cette intervention médicale, tout comme celle qui viserait à prélever un organe sur un enfant mineur, bien qu'exclu du domaine d'application de la section 8 du *Family Law Reform Act 1969*, nécessiteraient le recours au juge en cas d'opposition entre la volonté exprimée par le mineur et celle des titulaires de la responsabilité parentale <sup>3</sup>. Enfin, la légalité d'une interruption volontaire de grossesse réalisée dans ces conditions n'a pas non plus été remise en cause par Lord Donaldson MR, sous réserve cependant de ce que l'éthique médicale autorise en la matière et de la protection de l'intérêt de la mère mineure <sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> « Nevertheless, if the court's powers are to be meaningful, there must come a point at which the court, while not disregarding the child's wishes, can override them in the child's own best interests, objectively considered. Clearly such a point will have come if the child is seeking to refuse treatment in circumstances which will in all probability lead to the death of the child or to severe permanent injury », In *Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 79, opinion de Lord Balcombe LJ.

<sup>2</sup> « In the course of the arguments before us it was suggested that a construction of Section 8 of the Act of 1969 which denies a 16- or 17-year-old girl an absolute right to refuse medical treatment, but leaves it open to her parents to consent to such treatment, could in theory lead to a case where a pregnant 16-year-old refuses an abortion, but her parents consent to her pregnancy being terminated. So it could in theory, but I cannot conceive of a case where a doctor, faced with the refusal of a mentally competent 16-year-old to having an abortion, would terminate the pregnancy merely upon the consent of the girl's parents ». In *Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 79, opinion de Balcombe LJ.

<sup>3</sup> In *Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 83, opinion de Nolan LJ.

<sup>4</sup> « Hair-raising possibilities were canvassed of abortions being carried out by doctors in reliance upon the consent of parents and despite the refusal of consent by 16- and 17-year-olds. Whilst this may be possible as a matter of law, I do not see any likelihood taking account of medical ethics, unless the abortion was truly in the best interests of the child. This is not to say that it could not happen » In *Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 74, opinion de Lord Donaldson of Lymington MR.

Il apparaît ainsi très clairement que dans le système juridique anglais, le droit accordé au mineur de consentir à l'acte médical n'est revêtu de toute sa force légale que lorsqu'il s'agira pour le mineur de consentir positivement à l'acte. Il ne garantit pas à l'enfant le droit de refuser un traitement médical, et ne saurait dans cette hypothèse avoir force de veto. Par ailleurs, la question du refus de traitement semble reléguée aux confins du droit par les juges, qui s'en remettent alors directement aux médecins pour agir conformément à l'éthique en ce domaine <sup>1</sup>.

Pour Mme le professeur Fortin, l'introduction en droit interne anglais de la Convention européenne des droits de l'Homme <sup>2</sup> pourrait avoir des conséquences au regard de l'application des dispositions de la section 8 du *Family Law Reform Act 1969* <sup>3</sup>. La question du refus de traitement exprimée par un mineur de plus de seize ans pourrait ainsi à nouveau être considérée en jurisprudence, à la lumière des droits garantis à quiconque par la CEDH <sup>4</sup>.

La rétention par les titulaires de la responsabilité parentale d'une parcelle de pouvoir en matière de consentement à l'acte médical sur l'enfant mineur juridiquement capable consacrée en droit anglais a cependant été exclue en droit écossais.

**174. En droit écossais**, la question de la capacité du mineur à refuser un traitement médical n'a pas encore été portée devant les tribunaux. Aussi les solutions juridiques apportées à cette question sont-elles tirées des interprétations doctrinales en la matière. La capacité juridique conférée au mineur de seize ans d'accomplir tout acte juridique <sup>5</sup> lui donne, en matière de consentement à l'acte médical, des pouvoirs identiques à ceux d'un patient majeur <sup>6</sup>. Le mineur de moins

---

<sup>1</sup> Les opinions des trois juges, dans l'arrêt *Re W*, renvoient toutes à un moment ou à un autre à la conscience et à l'éthique des médecins, lesquels semblent peu à l'aise face au vide juridique et à la liberté d'action qui leur est offerte en la matière. Voir sur ce point J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres 2003, p. 130. L'auteur renvoie notamment sur ce point aux rapports de la British Medical Association, *Consent, Rights and Choices in Health Care for Children and Young People 2001* et *Withholding and Withdrawing Life-Prolonging Medical Treatment 2001*, BMJ Books.

<sup>2</sup> Introduction réalisée par le biais du *Human Rights Act 1998*.

<sup>3</sup> J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 130.

<sup>4</sup> Mme le professeur Fortin pense en effet qu'une combinaison des articles 3, 5 et 14 de la CEDH offre au patient mineur les mêmes garanties qu'aux adultes à l'encontre des traitements médicaux ordonnés contre leur volonté. J. Fortin, *op. cit.*, p. 132.

<sup>5</sup> Section 1(1)(b) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Pour plus de détails voir *infra*.

<sup>6</sup> J. Blackie et H. Patrick, « Medical Treatment », A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 11. 15, p. 208. Sur ce point voir *supra* n° 160.

de seize ans dispose également de la capacité de consentir valablement à un traitement médical « *lorsqu'il dispose, aux yeux du médecin qui l'a pris en charge, du discernement lui permettant de comprendre la nature et les conséquences éventuelles d'un traitement ou d'une intervention* »<sup>1</sup>. Lorsque l'enfant ne dispose pas d'une telle capacité, le pouvoir de consentir à l'acte médical est confié aux titulaires des droits et devoirs parentaux, celui-ci étant par ailleurs directement attaché au pouvoir de représentation légale<sup>2</sup>. À la différence du droit anglais, en droit écossais l'acquisition par le mineur d'une capacité juridique à consentir à l'acte médical en raison de l'âge entraîne la disparition automatique chez ses représentants légaux de tout pouvoir concurrent<sup>3</sup>. Ainsi, il ne pourra être passé outre le refus de traitement exprimé par un mineur de plus de seize ans que sur autorisation judiciaire et dans les mêmes conditions qu'à l'égard des patients majeurs<sup>4</sup>.

La doctrine s'est par ailleurs posée la question de savoir si le droit des représentants légaux à consentir à l'acte médical prenait fin de la même manière à l'égard d'un mineur de moins de seize ans ayant satisfait au test de compétence applicable en la matière. Dans l'arrêt *V. v F*<sup>5</sup>, le *sheriff* semble avoir retenu à l'égard d'une jeune fille de quinze ans une solution identique à celle posée par l'affaire *Re R*<sup>6</sup> en Angleterre, en autorisant les parents à consentir valablement à l'internement contre son gré de la jeune fille. Toutefois, cet arrêt a été rendu avant l'entrée en

---

<sup>1</sup> « *A person under the age of 16 years shall have legal capacity to consent to his own behalf to any surgical, medical or dental procedure or treatment where, in the opinion of a qualified medical practitioner attending him, he is capable of understanding the nature and possible consequences of the procedures or treatment* », section 2(4) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Pour plus de détails sur la mise en œuvre d'une telle capacité voir *infra* n° 248 et s.

<sup>2</sup> « *Any reference (...) to a person acting as the legal representative of the child is a reference to that person, in the interest of the child (...) acting in, or giving consent to, any transaction where the child is incapable of so acting or consenting on his own behalf* », section 15(5)(b) du *Children (Scotland) Act 1995*. La notion de « *transaction* » doit être comprise ici dans son sens le plus large et peut être traduite par celle d'acte juridique. Sur cette interprétation de la section 15(5)(b) du *Children (Scotland) Act 1995* voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 8.50, p. 261.

<sup>3</sup> Voir sur ce point L. Edwards, « *The right to consent and the right to refuse ; more problems with minors and medical consent* », *The Juridical Review* 1993, p. 66 ; E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.69, p. 103 ; A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 8.50, p. 261.

<sup>4</sup> L. Edwards, art. préc., p. 69 ; A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 8.50 p. 261, les auteurs renvoient ici à l'affaire dont à eu à connaître le *sheriff* McGowan, *Houston, Applicant* 1996 SCLR 943, p. 945. L'internement contre leur gré de patients majeurs peut être autorisé judiciairement sur le fondement de la section 18 du *Mental Health (Scotland) Act 1984*.

<sup>5</sup> 1991 SCLR 225 (Sh. Ct.). Rapporté dans l'article de Mme le professeur (*lecturer*) L. Edwards, art. préc., p. 64, note 33.

<sup>6</sup> *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 592 ; [1992] Fam. 11 ; [1992] 1 FLR 190 ; [1992] 2 FCR 229 ; [1992] 3 Med. LR 342 ; [1992] Fam Law 67.

vigueur du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*<sup>1</sup>, et du *Children (Scotland) Act 1995* qui semble aux yeux des professeurs Wilkinson et McK Norrie régler définitivement cette question sensible<sup>2</sup>. La section 15(5)(b) du *Children (Scotland) Act 1995* limite l'exercice de la représentation légale sur l'enfant aux circonstances dans lesquelles celui-ci « *n'est pas capable d'agir ou de consentir en son nom* »<sup>3</sup>. Par conséquent, quand l'enfant devient capable de consentir pour lui-même, la représentation légale prend automatiquement fin. Ainsi, lorsque l'enfant, en raison de sa maturité, satisfait au test de compétence en matière médicale<sup>4</sup>, il devient juridiquement capable de consentir valablement en ce domaine, et il n'existe aucun fondement juridique autorisant ses représentants légaux à consentir en son nom. La doctrine écossaise est unanime pour condamner la distinction opérée par Lord Donaldson MR dans les affaires *Re R*<sup>5</sup> et *Re W*<sup>6</sup> entre le consentement et le refus de consentir à l'acte médical<sup>7</sup>. Aussi, en droit écossais, dès lors que l'enfant acquiert la capacité juridique de consentir à l'acte médical, il peut tout aussi valablement refuser de donner son consentement<sup>8</sup>. Si les représentants légaux ne peuvent consentir à la place de l'enfant mineur de moins de seize ans, ils restent néanmoins investis à son égard des droits et devoirs parentaux, et au titre desquels figure l'obligation de sauvegarder la santé de l'enfant<sup>9</sup>. Ainsi, en cette qualité ils disposent de la capacité de saisir le juge d'une demande visant à ce que le traitement soit

---

<sup>1</sup> L. Edwards, « The right to consent and the right to refuse ; more problems with minors and medical consent », *The Juridical Review* 1993, p. 64.

<sup>2</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 8.50, p. 261.

<sup>3</sup> « *Any reference (...) to a person acting as the legal representative of the child is a reference to that person, in the interest of the child (...) acting in, or giving consent to, any transaction where the child is incapable of so acting or consenting on his own behalf* », section 15(5)(b) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> Test posé par la section 2(4) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, en vertu duquel l'enfant devient juridiquement capable de consentir à tout traitement médical « *lorsqu'il dispose, aux yeux du médecin qui l'a pris en charge, du discernement lui permettant de comprendre la nature et les conséquences éventuelles d'un traitement ou d'une intervention* » ; « *a person under the age of 16 years shall have legal capacity to consent to his own behalf to any surgical, medical or dental procedure or treatment where, in the opinion of a qualified medical practitioner attending him, he is capable of understanding the nature and possible consequences of the procedures or treatment* ».

<sup>5</sup> *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 592 ; [1992] Fam 11 ; [1992] 1 FLR 190 ; [1992] 2 FCR 229 ; [1992] 3 Med. L.R. 342 ; [1992] Fam Law 67.

<sup>6</sup> *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 64 ; [1992] 3 WLR 758 ; [1992] 4 All ER 627 ; [1992] 3 Med. LR 317 ; (1992) 142 NLJ 1124.

<sup>7</sup> Sur cette distinction voir *supra* n° 172.

<sup>8</sup> L. Edwards, art. préc., p. 55 ; E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.70, p. 103 ; A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 8.50 p. 261 ; J. Blackie et H. Patrick, « Medical Treatment », A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 11. 15, p. 208

<sup>9</sup> « *A parent has in relation to his child the responsibility to safeguard and promote the child's health, development and welfare* », section 1(1)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*.

judiciairement autorisé, en vertu d'une ordonnance visant à la résolution d'une question spécifique (*specific issue order*)<sup>1</sup>.

**175.** L'institution de *wardship* (tutelle judiciaire) n'existe pas en droit écossais<sup>2</sup>, cependant les juges écossais, à l'instar de leurs homologues anglais, disposent du pouvoir d'agir en tant que *parens patriae* à l'égard des plus faibles<sup>3</sup>, ce pouvoir étant tiré du *nobile officium* dont sont investies les juridictions suprêmes écossaises<sup>4</sup>. Le *nobile officium* les autorise à modifier en équité, les effets d'une application stricte de la *common law* dans une instance ou bien de donner une solution juridique adaptée en l'absence de dispositions légales venant régler la question qui leur est soumise<sup>5</sup>. Ainsi, en vertu de l'exercice de ce pouvoir ou bien en vertu des principes qui régissent les ordonnances visant à la résolution d'une question spécifique (*specific issue order*), et notamment le principe de considération supérieure attaché au bien-être de l'enfant (*welfare*)<sup>6</sup>, les juges écossais pourront autoriser une intervention ou un traitement médical en dépit de l'opposition exprimée par un mineur de moins de seize ans ayant satisfait au test de compétence en matière médicale<sup>7</sup>.

En vertu des principes applicables aux ordonnances prises sur le fondement de la section 11 du *Children (Scotland) Act 1995*, les juges seront tenus de donner à l'enfant concerné la possibilité de faire connaître son opinion sur la mesure envisagée, celle-ci devra ensuite être par eux dûment prise en considération<sup>8</sup>. L'obligation de recourir au juge pour autoriser un traitement médical auquel le mineur juridiquement capable s'oppose permet de donner toute sa force au consentement de l'enfant en la matière, sans toutefois aller jusqu'à lui donner celle

---

<sup>1</sup> Ordonnance visée par la section 11(2)(e) du *Children (Scotland) Act 1995*, qui permet de demander au juge la résolution d'une question spécifique se posant à l'égard de l'enfant. La résolution d'un conflit relatif au traitement médical devant être suivi par l'enfant entre dans le cadre de cette ordonnance, que celui-ci soit de nature parentale ou résulte d'une opposition de volontés entre l'enfant et ses parents. Voir en ce sens J. Blackie et H. Patrick, art. préc., para. 11. 15, p. 208. *Contra* voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 8.51, p. 262. Ces derniers soutiennent en effet que le conflit parents-enfant en la matière ne relève pas des procédures relatives aux droits et devoirs parentaux.

<sup>2</sup> Sur ce point voir *supra* n° 50.

<sup>3</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 8.53, p. 263.

<sup>4</sup> *High Court of Justiciary* et *Court of Session*.

<sup>5</sup> Voir The Law Society of Scotland, *Glossary. Scottish Legal Terms, Latin Maxims and European Community Legal Terms*, Butterworths, Edimbourg 1992.

<sup>6</sup> Section 11(7)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*. Pour plus de détail sur l'application de ce principe voir *infra* n° 480 et s.

<sup>7</sup> J. Blackie et H. Patrick, « Medical Treatment », A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 11. 18, p. 211.

<sup>8</sup> Voir les principes posés par la section 11(7)(b) du *Children (Scotland) Act 1995*, et pour plus de détails voir *infra* n° 475.

d'un consentement-autorisation. L'équilibre entre capacité et protection de l'enfant est à nos yeux atteint par la solution retenue en droit écossais. Si celle-ci n'apparaît pas la plus facile à mettre en œuvre en pratique, dans la mesure où le recours au juge implique des délais, cette solution est celle qui accorde le plus d'importance au respect de l'autonomie de l'enfant, de sa capacité et des droits qui lui ont été reconnus en la matière. Il reste cependant à savoir comment les juges écossais appliqueront les principes ainsi posés, lorsqu'ils se trouveront effectivement confrontés à une affaire de ce genre.

**176.** En dehors des actes pour lesquels la participation de l'enfant a été spécialement organisée par le droit, soit par le recueil de son avis soit par l'expression de son consentement, le fonctionnement général du régime de l'assistance repose essentiellement sur une collaboration entre l'enfant et ses protecteurs. L'enfant devient acteur, mais son action est soumise à contrôle.

## Section 2. Le contrôle du représentant sur l'action de l'enfant

**177.** Le régime d'assistance repose sur une collaboration entre l'enfant et son protecteur, tous deux étant investis respectivement d'un pouvoir de contrôle sur l'acte envisagé. Le contrôle exercé par l'enfant peut prendre la forme du recueil de son avis ou de son consentement à l'acte. De la même manière, le protecteur peut être conduit à exercer un contrôle sur l'action de l'enfant, dont l'étendue pourra varier en fonction de la nature de l'acte envisagé (§1). La force attachée au contrôle exercé par le protecteur de l'enfant pourra également varier selon qu'il soutient ou s'oppose à l'action de l'enfant (§2).

## § 1. Un contrôle à géométrie variable

**178.** Le **droit écossais**, avant l'entrée en vigueur du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, avait donné une consécration légale au régime de l'assistance. En effet, ce régime était celui qui régissait la condition juridique des *minors*<sup>1</sup>. Ainsi, avant l'entrée en vigueur de cette loi, qui a mis fin au régime de *curatory*<sup>2</sup>, les relations juridiques entre l'enfant et ses parents s'organisaient autour de la reconnaissance au *minor* d'une capacité juridique sous contrôle<sup>3</sup>. Ainsi, à compter des seuils d'âge retenus<sup>4</sup>, le garçon et la fille devenaient capable d'accomplir valablement tous les actes juridiques relatifs à leur personne<sup>5</sup>. En revanche, leur capacité contractuelle était encadrée, et le consentement du *curator* était requis pour la réalisation des actes juridiques ayant vocation à produire des effets dans leur patrimoine<sup>6</sup>. Ainsi, le régime de représentation cessait de s'appliquer à l'égard du *minor*, dans la mesure où « *le curator ne pouvait entreprendre d'action sur les biens du minor sans le concours de ce dernier* »<sup>7</sup>. Apprécié du côté du *minor*, cette capacité l'autorisait à contracter valablement en son nom et pour son compte dès lors que son *curator* avait consenti à la réalisation de l'acte et l'avait conseillé dans ses démarches<sup>8</sup>. À défaut du consentement au moins tacite du *curator*, le contrat conclu par le *minor* était nul (*void*)<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Cette catégorie juridique regroupait les filles de plus de douze ans et les garçons de plus de quatorze ans, jusqu'à l'âge de leur majorité. L'âge de la majorité en *common law* était fixé à vingt-et-un ans avant d'être portée à dix-huit ans par la section 1 du *Age of Majority (Scotland) Act 1969*. Voir *supra* n° 24.

<sup>2</sup> Le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* consacre l'extension du régime de *tutary* à tous les enfants de moins de seize ans, âge à compter duquel ceux-ci bien que mineurs se voient reconnaître une pleine capacité juridique.

<sup>3</sup> Le *minor* orphelin se voyait reconnaître une pleine capacité juridique. *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987, para. 2.13, p. 6.

<sup>4</sup> Douze ans pour la fille et quatorze ans pour le garçon.

<sup>5</sup> Stair, I, vi, 35.

<sup>6</sup> Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 1.08 p. 5 ;

<sup>7</sup> « *They could not undertake positive acts of management independently of the minor* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 1.08, p. 5.

<sup>8</sup> W. W. McBryde, *The law of contract in Scotland*, 1<sup>re</sup> éd. W. Geen Edimbourg 1987, paras 8.05 à 8.32 ; A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 1.08, p. 5. Voir également, *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987 para. 2.2.

<sup>9</sup> Il existait cependant des exceptions notables à la nullité ainsi encourue pour défaut de consentement du *curator*. Ainsi, celle-ci ne frappait pas les testaments, les contrats passés dans le cadre de l'exercice de sa profession, les contrats relatifs à la fourniture de biens et de services nécessaires (*necessaries*), les contrats de travail ou d'apprentissage, lesquels pouvaient valablement

La *law commission* écossaise, dans les recommandations qui ont précédé l'adoption du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, a expressément rejeté l'utilisation du régime de l'assistance. La *law commission* a en effet retenu dans ses travaux, que « *l'incapacité des mineurs de moins de seize ans ne devait pas contenir d'exceptions en vertu desquelles il pourrait y être fait échec par l'expression d'un consentement émis par les parents, le tuteur ou un juge* »<sup>1</sup>. Le fonctionnement du régime de *curatory* a été jugé trop complexe, peu en phase avec l'évolution de la société écossaise, source d'insécurité juridique à l'égard des cocontractants et discriminatoire, dans la mesure où garçons et filles ne devenaient pas *minors* au même âge<sup>2</sup>. Le système préconisé par la *law commission* écossaise<sup>3</sup>, en vertu duquel le régime de *tutory*, fondé sur la représentation de l'enfant, a été étendu aux mineurs jusqu'à seize ans, pour ensuite céder la place à une capacité juridique pleine et entière, s'avère en effet beaucoup plus simple à mettre en application. Il n'empêche que l'apprentissage progressif de la capacité, qu'autorise l'assistance de l'enfant par un curateur, reste à nos yeux un atout indéniable de ce régime. Ainsi, le recours à cette solution médiane a été remis question en droit écossais, son utilisation en droit français, en tant que régime palliatif de l'incapacité des mineurs, et alternatif à la représentation légale, tend à se développer.

**179.** Le régime de l'autorisation et de l'assistance de l'enfant par ses parents, tel qu'il existe en **droit français**, nous semble une voie intermédiaire entre le régime de représentation et l'autonomie complète de l'enfant<sup>4</sup>. Elle permet de concilier la nécessaire protection de l'enfant et sa volonté légitime d'autonomie, en accordant à ses représentants légaux un pouvoir de contrôle sur l'acte envisagé par l'enfant.

---

être passés par le *minor* sans le consentement du *curator*. Voir sur ce point les arrêts *Stevenson v. Adair* (1870) 10 M. 919. *M'Feetridge v. Stewart & Lloyds*, 1913 S.C. 773 ; *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987, para. 2.5 ; W. M. Gloag & R. Candlish Henderson, *Introduction to the law of Scotland*, 5<sup>e</sup> éd. by A. Dewar Gibb & N. M. L. Walker, W. Geen Edimbourg 1952, p. 53. Les contrats ainsi passés par le *minor* restaient cependant rescindables pour cause de lésion (*reduction on the proof of lesion*), *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987, note 9, p. 4.

<sup>1</sup> « *The rule of incapacity should not be subject to any exception entitling a person under 16 to act with the consent of a parent or guardian or with the consent of a court* », *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987, recommandation n° 10, para. 3.96, p. 34.

<sup>2</sup> Pour plus de détails sur l'ensemble de ces critiques voir le *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edimbourg HMSO 1987, paras 2.12-2.23, pp. 6-8.

<sup>3</sup> Et qui fut consacré par le législateur dans le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>4</sup> Voir également en ce sens J.-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTDciv.* 1997, p. 1.

L'enfant tire sa capacité juridique à agir de l'aval de son représentant ou de son concours à l'acte. Ainsi « *cette adjonction d'une volonté éclairée, choisie conformément aux règles posées par le Code, à la volonté encore faillible du mineur est la condition nécessaire et suffisante de la participation du mineur au commerce juridique* »<sup>1</sup>. Le domaine d'application du régime de l'assistance et de l'autorisation se trouve à la limite entre les droits personnels et les droits patrimoniaux du mineur. On retrouve soumis à ce régime « *les actes qui exigent une manifestation personnelle de volonté* »<sup>2</sup>, ainsi que « *les contrats qui créent une obligation personnelle de service* », lesquels « *exigent normalement l'engagement personnel de celui qui doit accomplir le travail* »<sup>3</sup>.

**180.** En droit français, le régime de l'assistance et de l'autorisation n'a pas reçu la consécration législative lui permettant d'apparaître ouvertement et à titre général, comme un régime alternatif à la représentation légale. Toutefois, dans certains domaines, le concours entre l'enfant et ses représentants pour la réalisation d'un acte juridique, a néanmoins été organisé par le droit. Ainsi, la capacité de l'enfant à réaliser un acte juridique sera alors soumise au contrôle de ses représentants.

**181.** L'étendue de ce contrôle peut varier selon la personnalité des représentants légaux et leur volonté d'associer l'enfant de manière active à la prise de décision. En effet, le fait que le législateur n'ait pas assorti de nuances la mise en œuvre de la représentation légale, notamment lorsqu'elle s'applique à l'égard de mineurs doués d'une capacité naturelle à agir, n'interdit pas à leurs représentants légaux de les associer de leur propre chef à la réalisation de l'acte, notamment en leur permettant d'y être présents et d'y apposer leur signature<sup>4</sup>. En effet, la doctrine semble unanime pour admettre que la présence du représentant légal à l'acte couvre celle du mineur<sup>5</sup>. Ainsi, il est admis de longue date par la doctrine que pour l'ensemble des actes qui peuvent être accomplis par le représentant légal sans autorisation, celui-ci peut préférer les faire accomplir par le mineur directement, avec son assistance et son autorisation, qui se traduira concrètement par un

---

<sup>1</sup> C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II, 1998 n° 109, p. 145.

<sup>2</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Tome 1 Les personnes. État et capacité*, par R. Savatier 2<sup>e</sup> éd. Paris LGDJ 1952, n° 258, p. 334.

<sup>3</sup> M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n° 259, p. 335.

<sup>4</sup> Voir notamment la possibilité offerte au mineur mannequin qui conclut un contrat de travail d'y apposer personnellement sa signature, en vertu de l'article R. 763-1 6° al. 2 du Code du travail.

<sup>5</sup> C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II, 1998, n° 103 et s., pp. 147 et s.

contreseing à l'acte, sans que cela ne vienne affecter la validité de celui-ci <sup>1</sup>. L'acte ainsi passé sera valable, comme s'il avait été passé directement par le représentant au nom et pour le compte de l'enfant, et ne pourra être remis en cause que dans des conditions identiques <sup>2</sup>.

L'exercice du régime d'assistance ne saurait cependant conduire le représentant légal à se défausser sur le mineur des obligations qui sont les siennes, et qui sont tirées de son pouvoir d'administration légale <sup>3</sup>. Ainsi, le mandat de représentation de l'enfant dont il est investi ne sera valablement exercé que s'il exerce un contrôle effectif de l'action de l'enfant <sup>4</sup>. L'étendue du contrôle exercé par le représentant légal peut également varier selon que l'action du mineur est simplement autorisée par le représentant légal ou bien que ce dernier choisit de l'assister dans la réalisation de l'acte.

**182.** L'autorisation est « *acte permissif levant une interdiction d'exercice posée afin d'assurer un contrôle préalable* » <sup>5</sup>. Ainsi, elle est toujours antérieure à l'acte juridique, ou au moins concomitante lorsqu'elle est donnée oralement, et de caractère spécial <sup>6</sup>. Dans certaines circonstances, elle peut être tacite et se révéler par une absence d'opposition à l'acte <sup>7</sup>, ou bien par un concours donné à l'acte <sup>8</sup>. L'autorisation ainsi donnée, conditionne à elle seule la validité de l'acte juridique et lui donne toute sa force. L'autorisation en poche, le mineur pourra alors traiter librement avec son cocontractant sans que le représentant légal ne soit tenu juridiquement de contrôler le contenu effectif de l'acte, étant entendu que conseils

---

<sup>1</sup> « Si c'est un acte que le tuteur aurait pu passer seul (...) et que le tuteur présent au lieu de le passer en son nom, en qualité de tuteur, le laisse passer par le mineur en l'autorisant à cet effet, et en signant l'acte, c'est comme si le tuteur avait traité... », A. Duranton, *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil*, t. 1 1819, n° 190, p. 213. Cité par C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II, 1998, p. 147 note 488.

<sup>2</sup> C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II, 1998, n° 105 et s., pp. 149 et s.

<sup>3</sup> Art. 389-3 et s. du Code civil.

<sup>4</sup> « L'intervention du mineur n'affaiblit pas l'étendue du mandat conféré par la loi au tuteur et exercé par lui en autorisant le tuteur », A. Duranton, *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil*, t. 1 1819, n° 190, p. 213. Cité par C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II, 1998, p. 147 note 488.

<sup>5</sup> J-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTDciv.* 1997, note 118, p. 20.

<sup>6</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Tome 1 Les personnes. État et capacité*, par R. Savatier 2<sup>e</sup> éd. Paris LGDJ 1952, n° 265, p. 341. Voir également en ce sens R. Laurent, *L'acte juridique et l'enfant*, thèse Paris Sud 1996 n° 1572, p. 430.

<sup>7</sup> Il en était ainsi notamment de l'autorisation au mariage de la mineure. Cette solution s'applique encore à la conclusion d'un contrat de travail par le mineur de plus de seize ans, voir en ce sens Cass. civ. 10 février 1926, *D.* 1927, 1, 20 ; Paris, 10 juin 1964, *J.C.P.* 1965, II, 13980.

<sup>8</sup> M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n° 264, p. 341.

et consignes auront été prodigués au mineur au moment de la délivrance de l'autorisation.

**183.** L'assistance de l'enfant au cours de la réalisation de l'acte implique le représentant légal de manière plus importante. En effet, sa présence est requise au moment de sa réalisation, de même bien souvent que son contreseing, lequel pourra seul donner pleinement force juridique à l'acte réalisé. Le législateur n'est intervenu pour distinguer les actes pour lesquels l'autorisation pouvait être préférée à l'assistance qu'avec parcimonie. Faire apparaître un critère fondant cette préférence semble une tâche difficile <sup>1</sup>. Il nous semble cependant possible de distinguer d'une part les actes de nature extra-patrimoniale, lesquels peuvent accessoirement avoir des conséquences patrimoniales, qui ne sont soumis qu'à autorisation, et d'autre part ceux qui sont directement de nature patrimoniale, mais qui peuvent impliquer la personne de l'enfant, et qui requièrent pour leur réalisation l'assistance du représentant compte tenu de leur technicité. Toutefois, l'effet juridique des mécanismes d'assistance et d'autorisation est identique <sup>2</sup>. Tous deux investissent le mineur d'une capacité d'exercice de nature spéciale.

**184.** Ainsi, l'exercice d'une action en justice, telle que celle portée par le mineur salarié contre son employeur devant le Conseil de prud'hommes, requerra l'assistance du mineur par son représentant légal <sup>3</sup>. De même, le mineur qui va se marier peut passer toutes les conventions qui peuvent être insérées dans un contrat de mariage, y compris des donations, « *pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage* » <sup>4</sup>. La pérennité de cette dernière disposition semble toutefois sujette à interrogation. En effet, dans la mesure où l'âge de la capacité matrimoniale a été aligné sur celui de la majorité civile <sup>5</sup>, les hypothèses déjà rares de mariage conclus par des personnes

---

<sup>1</sup> R. Laurent, *Les actes juridiques et l'enfant*, thèse Paris Sud 1996 para. 1574, p. 431. L'auteur retient cependant, malgré son caractère « *non décisif* » la gravité de l'acte comme critère apparent de distinction.

<sup>2</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Tome 1 Les personnes. État et capacité*, par R. Savatier 2<sup>e</sup> éd. Paris LGDJ 1952, n° 263, p. 340.

<sup>3</sup> Art. L. 516-1 du Code du travail. Pour plus de détails sur cette action voir *infra* n° 867 et s.

<sup>4</sup> Art. 1398 du Code civil. Il est à noter ici que ces personnes ne sont pas nécessairement celles qui sont investies d'un pouvoir de représentation légale. En effet, si les parents sont les premiers titulaires du droit de consentir au mariage du mineur en vertu de l'article 148 de Code civil, dans l'hypothèse où ceux-ci seraient décédés ce pouvoir est transféré aux aïeuls, en vertu de l'article 150 du Code civil, et non au tuteur de l'enfant. Ainsi, dans l'hypothèse d'un décès des parents le pouvoir d'assister l'enfant dans la conclusion d'une convention insérée dans un contrat de mariage passe aux ascendants de l'enfant.

<sup>5</sup> L'article premier de la Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, modifie l'article 144 du

mineures tendent à disparaître, rendant par là-même sans objet la capacité contractuelle qui lui est directement associée.

**185.** Les actes soumis à autorisation sont des actes qui engagent directement la personne de l'enfant, leurs effets patrimoniaux éventuels apparaissent bien souvent accessoires. Ainsi, il apparaît indispensable que le mineur soit matériellement capable d'assumer mentalement et physiquement l'engagement pris ou la réalisation de l'acte juridique autorisé. L'appréciation de cette capacité naturelle est laissée aux parents, représentants légaux de l'enfant, qui agiront de manière discrétionnaire en accordant ou refusant leur autorisation à l'acte. Le refus d'autorisation vaut veto à l'acte envisagé par le mineur. Ainsi, un mineur de dix-sept ans révolus, pourvu du consentement du représentant légal, peut souscrire un engagement militaire <sup>1</sup>. De même, les mineurs de quatorze ans peuvent effectuer pendant un temps n'excédant pas la moitié des vacances scolaires « *des travaux légers* » <sup>2</sup>, n'entraînant « *aucune fatigue anormale* » <sup>3</sup>. Le chef d'entreprise qui envisage d'employer ce mineur doit en faire la demande à l'inspecteur du travail ; cette demande doit comporter « *l'accord écrit et signé du représentant légal du mineur* » <sup>4</sup>. De

---

Code civil en ce sens : « *L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ». JO du 5 avril 2006. Nous pouvons noter ici à titre de comparaison qu'en droit anglais, si, en vertu de la section 11 du *Matrimonial Causes Act 1973*, le mineur de seize ans devient juridiquement capable de se marier, il devra avant sa majorité obtenir le consentement des personnes qui exercent la responsabilité parentale à son égard. Ce consentement ne peut toutefois être comparé au consentement des titulaires de l'autorité parentale qui existait en la matière en droit français avant la réforme. En droit français, le mineur ne pouvait contracter mariage sans l'autorisation de ses représentants légaux. C'est de cette autorisation qu'il tirait sa capacité à s'engager, et à défaut le mariage était affecté d'un vice de fond et ne pouvait être célébré. En droit anglais, le consentement des titulaires de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant (parents, tiers bénéficiaire d'une *residence order*, autorité locale, juge si l'enfant a été placé sous tutelle judiciaire), ne conditionne pas la capacité du mineur à se marier. Ce consentement permet seulement à la cérémonie de ne pas être entachée d'une irrégularité qui ouvrirait droit à obtenir en justice son annulation pour vice de forme (le mariage est dit *voidable*, littéralement « annulable », et non *void* autrement dit nul de plein droit). Si la personne en question refuse de donner son consentement au mariage du mineur, une action pourra être introduite en justice afin d'obtenir un consentement judiciaire au mariage. Ainsi, un mariage conclu par un mineur anglais de seize ans sans le consentement des titulaires de la responsabilité parentale à son égard reste valable sur le fond. Voir en ce sens notamment *Halsbury's laws of England vol 29(3) : Matrimonial law*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 paras 42 et 45, pp. 45 et 47 ; S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, paras 1.007 et 2.017, p. 12 et p. 46.

<sup>1</sup> Article 20 4° de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires : « *nul ne peut être militaire s'il n'est âgé de dix-sept ans au moins ou de seize ans pour recevoir une formation générale et professionnelle en qualité de volontaire dans les armées ou en qualité d'engagé dans une école militaire. Le mineur non émancipé doit être pourvu du consentement de son représentant légal* ».

<sup>2</sup> Art. L. 211-1 al. 5 du Code du travail.

<sup>3</sup> Art. D. 211-3 du Code du travail.

<sup>4</sup> Art. D. 211-4 du Code du travail. Voir également P. Y. Verkindt, « Le droit des revenus professionnels du mineur », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, L.G.D.J. 1991, p. 70.

même, pour l'emploi d'enfants dans les spectacles, les professions ambulantes et la profession de mannequin, une autorisation individuelle doit être présentée au Préfet du département où se trouve le siège de l'entreprise qui souhaite engager ou produire un enfant de moins de seize ans <sup>1</sup>. Cette demande d'autorisation doit être accompagnée de « l'autorisation écrite de ses représentants légaux » <sup>2</sup>. Le contrat de travail de mannequin doit, en plus de la signature éventuelle du mineur, dans tous les cas être signé par les représentants légaux de celui-ci <sup>3</sup>. Le contrat d'apprentissage est signé par l'employeur et l'apprenti, le cas échéant autorisé par son représentant légal <sup>4</sup>. Ce contrat de travail doit être établi en trois exemplaires signés par l'employeur, l'apprenti ainsi que son représentant légal <sup>5</sup>. De même, l'admission des enfants de plus de quatorze ans à suivre une formation alternée d'apprenti junior <sup>6</sup> est conditionnée par une double demande du mineur et de ses représentants légaux <sup>7</sup>.

En ce qui concerne la conclusion d'un contrat de travail par des mineurs de seize à dix-huit ans ayant satisfait à l'obligation scolaire, aucun texte ne régit précisément la matière. Cependant, en vertu de la jurisprudence en ce domaine, il semble que ce contrat doive être conclu avec l'autorisation du représentant légal. Toutefois, cette autorisation peut n'être que tacite, et résulter d'une absence d'opposition expresse de la part du représentant légal <sup>8</sup>.

Le projet de loi relatif au volontariat associatif et à l'engagement éducatif <sup>9</sup> prévoit également la possibilité pour les mineurs de seize ans autorisés par leurs parents, de souscrire un contrat de volontariat associatif <sup>10</sup>. Lequel, conclu pour une durée maximale de trois ans sur la base d'une « *collaboration désintéressée* » du volontaire, « *a pour objet l'accomplissement d'une mission d'intérêt général revêtant un*

---

<sup>1</sup> Art. R. 211-2 du Code du travail.

<sup>2</sup> Art. R. 211-3 du Code du travail. Voir également P. Y. Verkindt, « Le droit des revenus professionnels du mineur », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, L.G.D.J. 1991, p. 71.

<sup>3</sup> R. 763-1 6° al. 2 du Code du travail.

<sup>4</sup> Art. L. 117-14 du Code du travail.

<sup>5</sup> Art. R. 117-10 du Code du travail.

<sup>6</sup> Formation alternée, créée par le projet de Loi pour l'égalité des chances adopté par le parlement le 8 mars 2006.

<sup>7</sup> Art. L. 337-3 du Code de l'éducation.

<sup>8</sup> P. Y. Verkindt, art. préc., p.77, citant la jurisprudence des arrêts civ. 10 février 1926, *D.* 1927, 1, 20 ; Paris, 10 juin 1964, *J.C.P.* 1965, II, 13980.

<sup>9</sup> Adopté définitivement en deuxième lecture par le Sénat le 9 mai 2006. [www.senat.fr/dossierleg/pjl04-237.html](http://www.senat.fr/dossierleg/pjl04-237.html)

<sup>10</sup> Art. 2 du projet de loi relatif au volontariat associatif et à l'engagement éducatif.

*caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel, à la défense des droits ou à la diffusion de la culture, de la langue française et des connaissances scientifiques »<sup>1</sup>.*

Le mineur ayant satisfait à l'obligation scolaire peut également s'inscrire comme marin de la marine marchande, si une autorisation en ce sens est donnée « *au premier embarquement par la personne ou l'autorité investie du droit de garde* », à savoir les parents, représentants légaux de l'enfant<sup>2</sup>.

La capacité du mineur sur autorisation s'est également considérablement développée en dehors de tout cadre légal spécifique notamment en matière bancaire. Ainsi, un mineur, quel que soit son âge, mais en pratique bien souvent à compter de l'âge de douze ans<sup>3</sup>, peut ouvrir un compte et le faire fonctionner, grâce à un chéquier ou une carte bancaire, avec l'autorisation de son représentant légal<sup>4</sup>.

Le pouvoir d'autorisation dont sont investis les représentants légaux de l'enfant est discrétionnaire. C'est une prérogative d'administration légale directement liée à l'exercice de l'autorité parentale. La force juridique du contrôle ainsi opéré sur l'action de l'enfant par ses représentants légaux, pourra varier selon que celui-ci donne son aval ou oppose son veto à l'action.

## §2. La force juridique du contrôle

**186.** Le contrôle judiciaire des décisions prises en vertu d'une collaboration entre l'enfant et ses parents dépendra des pouvoirs qui ont été conférés au juge en la matière, ainsi que de la force juridique du contrôle exercé par les protecteurs de l'enfant sur son action. Le poids de ce contrôle sera amené à varier selon que ceux-ci donneront leur aval à l'enfant (A) ou bien exerceront un veto, en refusant soit

---

<sup>1</sup> Art. 1<sup>er</sup> du projet de loi relatif au volontariat associatif et à l'engagement éducatif.

<sup>2</sup> En vertu de l'article 110 des régimes spéciaux relatif à la marine marchande du Code du travail, tiré d'une Loi n° 60-1156 du 2 novembre 1960.

<sup>3</sup> C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 108 et s., p. 152.

<sup>4</sup> B. Ryssen, « Fais ce que dois, peux ce que veux », *Petites Affiches* 3 mai 1995. Pour une étude du développement des pratiques bancaires à l'égard des mineurs voir J. Huet, « Détournement (bancaire) de mineurs », *D.* 1987, chron., p. 215. Pour plus de détails sur les contrats bancaires accessibles au mineur sur autorisation voir C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 108 et s., p. 152.

d'assister l'enfant dans ses démarches, soit de lui délivrer l'autorisation indispensable à la réalisation de l'acte juridique souhaité (B).

#### A. La force juridique de l'aval du représentant

**187.** Dans le régime de l'assistance et de l'autorisation, l'action de l'enfant est subordonnée au concours de sa volonté avec celle de son représentant. Si l'enfant peut, dans certaines circonstances, opposer un veto à la décision le concernant, en refusant d'y consentir, dans d'autres cas, son consentement n'a la force juridique que d'une consultation et son refus pourra être dépassé <sup>1</sup>. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure le refus concurrent, opposé par l'enfant et par son représentant, à la réalisation d'un acte, notamment médical, peut être dépassé. Par ailleurs, il s'agira pour nous d'examiner si l'aval ainsi donné à l'action de l'enfant est soumis à un contrôle judiciaire.

**188.** En **droit français**, lorsque la volonté de l'enfant coïncide avec celle de ses représentants, il va recevoir de ces derniers conseils et assistance ou une autorisation pour agir, qui ne pourront être remis en question que dans les limites posées par l'impératif de protection de l'enfance. L'enfant se trouve alors investi d'une pleine capacité quel que soit le domaine où celle-ci trouve à s'exercer <sup>2</sup>. Il apparaît alors difficile pour un juge d'intervenir dans la décision, dans la mesure où l'aval donné à l'acte apparaît comme l'exercice d'une prérogative parentale. Nous nous trouvons ici à la frontière entre le droit des incapacités et la protection de l'enfance. En effet, la seule limite à l'effet juridique de l'aval des parents sur l'action de l'enfant, réside dans la finalité de leur mission, à savoir la protection de l'enfant « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* », ainsi que dans la mission éducative qui leur est confiée par l'exercice de l'autorité parentale <sup>3</sup>. L'exercice de l'autorité parentale a

---

<sup>1</sup> Sur ces différents points voir *supra* n° 162 et s.

<sup>2</sup> Le domaine de l'assistance et de l'autorisation s'avère en pratique suffisamment vaste pour recouvrir l'ensemble des décisions que peut être amené à prendre un adolescent allant de ses choix scolaires, de l'exercice d'une activité sportive ou extra-scolaire quelle que soit sa nature (du loisir au petit boulot), à des décisions beaucoup plus graves telles que l'exercice d'une religion, ou encore celles qui peuvent produire des conséquences sur son apparence physique (piercing, tatouages...) ou sa santé.

<sup>3</sup> Art. 371-1 al. 2 du Code civil.

« pour finalité l'intérêt de l'enfant »<sup>1</sup>, et si le droit leur accorde en ce domaine une confiance légitime, un contrôle approprié de l'action des parents en ce domaine s'avère indispensable.

**189.** Ainsi, en matière de travail des enfants et notamment dans des domaines clinquants tels que la mode ou les spectacles, distinguer la volonté réelle de l'enfant d'une ambition parentale n'est pas chose aisée. Aussi, il est tout à fait bienvenu qu'une autorité indépendante puisse contrôler et autoriser le travail de l'enfant dans le respect des limites imposées par la loi<sup>2</sup>.

**190.** De même, l'assistance ou l'autorisation des représentants légaux de l'enfant ne saurait avaliser une décision mettant en péril sa sécurité, sa santé ou sa moralité. Ainsi, l'aval des représentants légaux devrait pouvoir être remis en cause lorsque les circonstances autorisent le recours à une procédure d'assistance éducative. La jurisprudence a en effet eu à connaître de recours notamment en matière médicale, hors situation d'urgence<sup>3</sup>, lorsque le choix de l'enfant soutenu dans ses démarches par l'aval de ses représentants, apparaissait devoir produire des effets négatifs sur sa santé. La réticence des juges à remettre en cause le choix médical ainsi opéré est alors apparue très nettement.

Dans deux affaires<sup>4</sup>, les juges ont eu à régler la question de l'opposition de l'enfant et de ses représentants légaux, au traitement médical préconisé par l'équipe médicale qui avait en charge l'adolescent. Dans les deux affaires, l'équipe médicale avait saisi le juge des enfants sur le fondement de l'existence d'un danger pour la santé de l'enfant, afin de voir prononcer à son égard, une mesure d'assistance éducative. Par deux reprises, les juges d'appel ont conforté la famille dans ses choix, y compris lorsque ceux-ci s'exprimaient en faveur d'un traitement en marge des protocoles médicaux mis en place pour le traitement des maladies qui

---

<sup>1</sup> Art. 371-1 al. 1 du Code civil.

<sup>2</sup> Ainsi, en vertu de l'article R. 211-3 du Code du travail, la protection du mineur est assurée par un contrôle Préfectoral. En effet, l'autorisation préfectorale indispensable pour l'embauche d'un mineur de moins de seize ans dans une entreprise de spectacle ou de mannequinat, ne sera donnée qu'au vu de la liste des emplois précédemment ou actuellement occupés par l'enfant, et des éléments permettant d'apprécier la difficulté et la moralité du rôle que l'enfant est appelé à jouer ou de la prestation qu'il fournira en tant que mannequin, et ce malgré l'autorisation parentale qui a pu être préalablement donnée.

<sup>3</sup> Auquel cas les médecins sont autorisés à tout mettre en œuvre pour sauver la vie de l'enfant, Art. L. 1111-4 al. 4 du Code de la santé publique. Voir également D. Duval-Arnauld, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ Paris 1994, pp. 74-75.

<sup>4</sup> CA Nancy, 3 décembre 1982, *Gaz.Pal.* 1984, 1, 132, note A. Dorsner-Dolivet ; *J.C.P. G* 1983, II, 20081, note G. Raymond. CA Angers, 26 juillet 2005, non publié, voir *Le Monde* du 28 juillet 2005.

affectaient ces mineurs <sup>1</sup>. Dans les deux affaires, des mesures d'assistance éducative ont été mises en œuvre par le juge des enfants en première instance <sup>2</sup>, avant d'être remises en cause par les juridictions d'appel. Cette question est bien souvent traitée à travers celle de la mise en danger de l'enfant <sup>3</sup>. Dans l'arrêt du 3 décembre 1982, la cour d'appel de Nancy a décidé qu'il n'appartenait pas au juge des enfants d'intervenir par une mesure d'assistance éducative, dans la mesure où il n'y avait eu en l'espèce aucune carence ou défaillance de la famille. L'enfant ne pouvait donc pas être considérée comme mise en danger par la décision de changer de traitement.

**191.** La loi du 4 mars 2002 <sup>4</sup> a donné aux médecins les moyens légaux de contourner directement un refus de « *traitement* » exprimé par les titulaires de l'autorité parentale, lorsque celui-ci risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé de l'enfant, en les autorisant à délivrer les « *soins indispensables* » <sup>5</sup>. Il aurait cependant été bienvenu que le législateur fasse preuve de davantage de rigueur dans les termes choisis, dans la mesure où la question du refus de traitement ne peut être assimilée à celle du refus de soins, hypothèse dans laquelle la mise en danger de la santé de l'enfant ne fait aucun doute <sup>6</sup>. Le refus de soins ne peut être qu'à l'origine d'une mesure d'assistance éducative, compte tenu de la mission de protection confiée au juge des enfants par l'article 375 du Code civil, ce qui n'est pas le cas d'un refus de traitement. En effet, la décision commune de

---

<sup>1</sup> Dans l'affaire de 1982, une jeune fille âgée de quatorze ans consciente de l'issue fatale de sa maladie, qui avait toujours bénéficié d'un suivi médical, avait de concert avec sa mère refusé de poursuivre un traitement aux effets secondaires très difficiles à vivre pour une jeune adolescente, et opté pour un autre traitement qui malgré l'absence d'effets curatifs l'aidait à mieux vivre sa maladie. Dans l'affaire de 2005, le choix de la famille s'était porté sur la prise en charge du jeune garçon de quinze ans, atteint d'une forme rare de cancer, par un service qui refusait d'appliquer les protocoles de la Société française des cancers de l'enfant.

<sup>2</sup> Dans l'affaire de 1982 les mesures d'assistance éducative visaient à ce que le traitement curatif puisse être poursuivi. Dans l'affaire de 2005, le juge des enfants du Mans avait délégué l'autorité parentale à un administrateur *ad hoc* et ordonné le placement de l'enfant dans un centre hospitalier. En marge de la question de la protection du mineur dans cette affaire nous pouvons noter qu'elle illustre parfaitement le manque de rigueur des juges du fond dans l'utilisation de l'institution de l'administrateur *ad hoc*, et les tentatives de dévoiement du recours à ses services en dehors du cadre légal d'intervention qui lui est réservé. L'opposition d'intérêts, seul critère légal autorisant sa désignation, semblait en effet bien difficile à mettre en évidence dans une telle affaire, d'autant plus que parents et enfant agissaient de concert. Par conséquent il apparaît une fois encore plus que douteux qu'un administrateur *ad hoc* civil puisse être fondé à intervenir directement dans le domaine de la protection de la personne du mineur.

<sup>3</sup> D. Duval-Arnould, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ Paris 1994, p. 79.

<sup>4</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé.

<sup>5</sup> Art. L. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique.

<sup>6</sup> Sur l'exercice de l'autorité parentale dans le choix d'un traitement médical et les exigences qui y sont attachées voir D. Duval-Arnould, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ Paris 1994, p. 78.

l'enfant et de ses parents de refuser un traitement médical, ne semble pas devoir être considérée comme étant de nature à engendrer un danger pour l'enfant si elle traduit une faculté d'option, de laquelle découle l'expression d'un choix thérapeutique. Néanmoins, avec l'entrée en vigueur des dispositions de la loi de 2002, il n'apparaît plus aujourd'hui indispensable aux médecins, de recourir à l'assistance éducative pour passer outre le refus de traitement exprimé par les représentants légaux de l'enfant. Si ce recours peut aujourd'hui apparaître superfétatoire <sup>1</sup>, il semblerait cependant qu'il demeure utilisé en pratique par les médecins « *pour se prémunir d'une éventuelle action en responsabilité* » <sup>2</sup>.

**192.** La mise en œuvre d'un traitement médical à l'égard d'un patient, même mineur, reste cependant soumise à son consentement et à sa volonté de s'y conformer. Si les dispositions du Code de la santé publique <sup>3</sup> autorisent les médecins à agir directement face à un refus de traitement exprimé par les représentants légaux de l'enfant, la force juridique de cette autorisation légale est sujette à caution lorsque le refus parental s'accompagne de celui exprimé avec véhémence par l'enfant. Dans l'affaire qu'a eue à trancher la cour d'appel d'Angers le 26 juillet 2005 <sup>4</sup>, le placement du jeune garçon de quatorze ans en centre hospitalier ordonné par le juge des enfants en première instance, s'est soldé par la persistance de son refus du traitement envisagé. Ce refus a fait obstacle à l'administration du traitement, et a privé d'efficacité la mesure d'assistance éducative ainsi ordonnée. Sans doute, l'autorisation légale permettra-t-elle aux médecins d'agir lorsque le refus de traitement persistant plonge le mineur dans un état rendant impossible l'opposition physique à son administration, mais nous nous trouvons alors dans des circonstances proches de l'urgence, qui lèvent déjà à titre général l'obligation faite au médecin de requérir le consentement de son patient <sup>5</sup>.

**193.** Le droit des incapacités et le droit de la famille apparaissent ici indissociables et leurs dispositions interagissent. Ainsi, les limites à la capacité de l'enfant sont à rechercher dans le droit de l'assistance éducative ou dans celui de l'autorité parentale. Cette interaction entre ces différents corps de règles apparaît de

---

<sup>1</sup> A. Kimmel-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2005, p. 272.

<sup>2</sup> A. Kimmel-Alcover, art. préc., p. 272.

<sup>3</sup> Art. 1111-4 al. 5.

<sup>4</sup> CA Angers, 26 juillet 2005, non publié, voir *Le Monde* du 28 juillet 2005.

<sup>5</sup> Art. L. 1111-4 al. 4 du Code de la santé publique.

manière encore plus évidente lorsque l'action de l'enfant, avalisée par l'un de ses représentant légaux, se trouve contestée par l'autre, lui aussi titulaire de l'exercice de l'autorité parentale <sup>1</sup>. Il apparaît alors que ce dernier aura beaucoup plus de poids dans sa contestation, que n'importe quel autre contestataire <sup>2</sup>.

Une telle opposition sera traitée comme un conflit inter-parental, lequel sera résolu par le juge aux affaires familiales en vertu des dispositions de l'article 373-2-11 du Code civil. Le juge aux affaires familiales prendra notamment en considération la « *pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure* » <sup>3</sup>. Comme dans toute procédure judiciaire le concernant, il pourra être procédé à l'audition de l'enfant par le juge <sup>4</sup>. L'effet juridique de l'aval donné par un des représentants légaux, sera neutralisé par le veto exprimé par l'autre.

La jurisprudence a principalement eu à connaître de telle situation en matière de choix religieux. En effet, le droit français « *ne s'est jamais inquiété de reconnaître à l'enfant, si proche qu'il fut de la majorité, une liberté religieuse personnelle* » <sup>5</sup>. Si la doctrine s'est en grande partie prononcée en faveur de l'octroi à l'enfant d'une prémajorité en matière religieuse <sup>6</sup>, cette proposition n'a jamais été suivie d'effets.

---

<sup>1</sup> L'exercice en commun de l'autorité parentale est le principe en vertu de l'article 372 du Code civil.

<sup>2</sup> Tiers, grands-parents....

<sup>3</sup> La question de l'éducation religieuse de l'enfant a pendant longtemps été abordée sous l'angle de la prérogative de puissance paternelle qu'elle constituait, voir notamment l'affaire dite de la mineure de Versailles, TGI Versailles 24 septembre 1962, *D.* 1963, p. 52, note J. Carbonnier ; P. Barbier, « Incidence de la religion du mineur sur les mesures dites « d'assistance éducative » que peut prendre le juge des enfants », *Gaz. Pal.* 1962, 2, p. 40 ; R. Nerson, « Puissance paternelle : assistance éducative, organisée par l'ordonnance du 23 décembre 1958 ; éducation religieuse de l'enfant », *RTDciv.* 1962, p. 804 n° 6. Paris 31 janvier 1963, *J.C.P.* 1963, II, 13236 obs. R. P. ; Desbois, « Puissance paternelle : assistance éducative, organisée par l'ordonnance du 23 décembre 1958 ; éducation religieuse de l'enfant », *RTDciv.* 1963, p. 712 n° 8. Cass. civ. 1<sup>re</sup> 7 avril 1965, *D.* 1965, jur., 704 note J. C. Avec l'instauration de l'autorité parentale et la consécration de l'égalité parentale dans la direction spirituelle de l'enfant c'est en référence aux pratiques antérieures des parents, et notamment du choix qu'ils avaient éventuellement pu émettre au moment de leur union que les juges ont été amenés à trancher les conflits relatifs à l'éducation religieuse de l'enfant. Voir notamment Cass. civ. 1<sup>re</sup> 11 juin 1991, *D.* 1991, jur., 521 note P. Malaurie ; *D.* 1992, somm., 65 obs. N. Descamps ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, « La religion de l'enfant », *RTDciv* 1992, p. 75 n° 30 ; S. Besson, *Droit de la famille, Religion et Sectes*, éd. EMCC Lyon 1997, n° 197-201, pp. 88 et s.

<sup>4</sup> Art. 388-1 du Code civil. Pour plus de détails voir *infra* n° 332 et s.

<sup>5</sup> J. Carbonnier note sous Trib. Civ. de Briançon 6 janvier 1948, *D.* 1948, jur., p. 581.

<sup>6</sup> Voir notamment M. P. Coulombel, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTDciv.* 1956 n° 20, p. 47 ; P. Barbier, « « La religion de l'enfant et l'exercice de l'autorité parentale », *Gaz. Pal.* 1957, 2, p. 52 ; J. D. Bredin, « La religion de l'enfant », *D.* 1960, chron., p. 73 ; N. Descamps note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 11 juin 1991, *D.* 1992, somm., 65 ; J. Hauser, « Droits de l'enfant, état des lieux », *JDJ* n° 208, octobre 2001, p. 16. *Contra* voir M.-L. Rassat, « L'autorité parentale à l'épreuve de l'adolescence », *L'autorité parentale à l'épreuve...* sous la direction de J. Foyer et de C. Labrusse, Paris, Economica 1983, pp. 63 et s. L'auteur retient notamment que l'abaissement de l'âge de la majorité à dix-huit ans a permis de régler bon nombre de problèmes en la

Ainsi, malgré l'aval donné par l'un de ses représentants légaux, le veto exprimé par l'autre interdira au mineur la réalisation de l'action souhaitée et le maintien d'un *statut quo*. Dans une affaire du 11 juin 1991<sup>1</sup>, la Cour de cassation saisie d'un litige relatif à la conversion au mouvement des Témoins de Jéhovah d'une jeune fille de seize ans, née de parents catholiques et baptisée dans leur religion, a approuvé les juges du fond pour avoir retenu « *qu'il convenait d'attendre qu'elle soit devenue majeure pour exercer son choix* ». L'opposition de l'un des représentants légaux à l'action revêt ainsi autant de force que si les deux avaient émis un veto à l'acte.

## B. La force juridique du veto du représentant

**194.** Dans le cadre du régime d'assistance et d'autorisation, tel qu'il s'applique en **droit français**, la capacité de l'enfant à agir est conditionnée par la caution donnée par ses représentants légaux à l'acte. Celle-ci se manifestera par l'assistance qu'ils lui fourniront dans ses démarches ou bien par la délivrance d'une autorisation à agir. Dans l'hypothèse où les représentants légaux de l'enfant refusent de collaborer ou d'autoriser l'acte, celui-ci ne peut en principe être accompli. Dans ces circonstances, les recours possibles sont au nombre de deux. Où bien l'action envisagée relève de l'exercice de l'administration légale et l'existence d'une opposition d'intérêts autorisera le juge des tutelles à désigner un administrateur *ad hoc* à l'enfant<sup>2</sup> ; Où bien l'action envisagée relève exclusivement du domaine de l'autorité parentale, et dans ces circonstances, le droit des incapacités se trouve totalement écarté au profit de l'application des règles de droit de la famille.

En effet, la collaboration des parents à l'acte est alors considérée comme l'exercice d'une prérogative d'autorité parentale, lequel ne saurait être remis en question que lorsqu'il place la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant dans une

---

matière et surtout que la protection des mineurs contre l'endoctrinement par des sectes religieuses nécessite qu'un contrôle parental soit maintenu en ce domaine jusqu'à la majorité.

<sup>1</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 11 juin 1991, *D.* 1991, jur., 521 note P. Malaurie ; *D.* 1992, somm., 65 obs. N. Descamps ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, « La religion de l'enfant », *RTDciv* 1992, p. 75 n° 30 ; S. Besson, *Droit de la famille, Religion et Sectes*, éd. EMCC Lyon 1997, n° 197-201, pp. 88 et s.

<sup>2</sup> Art. 389-3 du Code civil. Pour plus de détails voir *supra* n° 117 et s., et dans les procédures judiciaires voir *infra* n° 564 et s. et 745 et s.

situation de danger <sup>1</sup>. En pratique, la confusion entre le domaine de l'autorité parentale et celui de l'administration légale est aujourd'hui consommée <sup>2</sup>, et il est de plus en plus fréquent de voir désigner des administrateurs *ad hoc* pour la résolution de questions qui ne relèvent pas de l'administration légale, et notamment dans le cadre de l'assistance éducative <sup>3</sup>.

**195.** La coexistence entre les dispositions du droit des incapacités et celles du droit de la famille, n'a jamais été réglée en droit français de manière à créer un ensemble cohérent de règles applicables à l'enfant, lesquelles organiseraient ses rapports avec sa famille et avec les tiers amenés à prendre en charge son quotidien <sup>4</sup>. Les enclaves d'autonomie dans le régime général de la représentation légale, ou l'application parcellaire du régime d'assistance, ne sont que le reflet d'une absence de traitement d'ensemble de la condition juridique du mineur en droit français. Ainsi, l'exercice de prérogatives parentales dans le cadre du régime de l'assistance et de l'autorisation, a conduit par le passé à des situations humainement désastreuses et juridiquement inextricables <sup>5</sup>. L'utilisation par l'enfant du seul recours possible, à savoir la procédure d'assistance éducative, pour résoudre un conflit né du fonctionnement du régime d'assistance et d'autorisation dans le cadre de l'autorité parentale s'est par bien des aspects révélé inadapté.

**196.** En effet, le critère du danger pour la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant s'est avéré trop restrictif pour couvrir l'ensemble des difficultés engendrées par l'opposition entre l'enfant et ses parents. Il est en effet bien difficile d'établir l'existence d'une carence ou une défaillance parentale dans l'exercice d'une prérogative d'autorité parentale, laquelle relève de la liberté éducative donnée par le

---

<sup>1</sup> Art. 375 du Code civil. Le danger permet alors de prendre à l'égard de l'enfant des mesures d'assistance éducative. Voir en ce sens Paris 31 janvier 1963, *J.C.P.* 1963, II, 13236 obs. R. P. ; Desbois, « Puissance paternelle : assistance éducative, organisée par l'ordonnance du 23 décembre 1958 ; éducation religieuse de l'enfant », *RTDciv.* 1963, p. 712 n° 8.

<sup>2</sup> Sur la confusion actuelle voir *infra* n° 573.

<sup>3</sup> Sur les dérives actuelles du recours à cette institution voir *infra* n° 577 et s.

<sup>4</sup> Cf l'œuvre des législateurs anglais et écossais qui ont donné corps à un véritable droit de l'enfance au moyen du *Children Act 1989* et du *Children (Scotland) Act 1995*. Le professeur Hauser a eu l'occasion à plusieurs reprises d'appeler de ses vœux, après la reconnaissance des droits de l'enfant, l'émergence en France d'un véritable droit des enfants, voir notamment J. Hauser, « Droits de l'enfant, état des lieux », *JDJ* n° 208, octobre 2001 p. 13. En faveur de la reconnaissance du statut des tiers dans la vie de l'enfant, voir le rapport 2006 de la défenseure des enfants : *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*.

<sup>5</sup> Voir notamment *infra* n° 199 et la jurisprudence relative au refus parental d'autoriser une IVG demandée par leur fille mineure.

droit aux parents <sup>1</sup>. En outre, les pouvoirs du juge des enfants dans le cadre de l'assistance éducative ne lui permettent que de placer l'enfant sous protection, et non de court-circuiter l'exercice d'une prérogative parentale valablement exercée <sup>2</sup>. En effet, si l'opposition des parents au traitement de leur enfant peut juridiquement fonder une intervention du juge des enfants, dans la mesure où la sauvegarde de la santé, voire de la vie, de l'enfant impose que le traitement soit mis en œuvre, la légalité de l'intervention du juge ne coule pas de source lorsqu'il s'agira pour lui de régler des questions qui, à défaut d'avoir un enjeu vital, affectent néanmoins de manière irrémédiable le cours de la vie de l'enfant <sup>3</sup>.

**197.** En vertu de l'article 375-1 du Code civil le juge « *doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée* ». Par ailleurs, en vertu de l'article 375-7 du Code civil « *les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure...* ». Ainsi, le juge des enfants ne dispose pas du pouvoir de se substituer à la volonté parentale lorsqu'elle est l'expression d'une prérogative légalement reconnue <sup>4</sup>. En effet, reconnaître aux parents certaines prérogatives c'est aussi leur reconnaître la liberté de les exercer selon leurs convictions personnelles. Les parents restent titulaires de

---

<sup>1</sup> En matière d'IVG il a notamment fallu pour les juge des enfant rechercher l'existence d'un danger de nature « *psychologique* » chez la jeune fille ou bien montrer que la grossesse la plaçait dans « *une situation matérielle et morale préoccupante* » pour fonder leur intervention, dans la mesure où la grossesse n'engendre pas en elle-même une situation de danger. Voir en ce sens notamment JE Orléans, 22 mai 1975, *Dr.enf.et fam.* 1975, p. 85 ou 87 ; JE Versailles, 14 octobre 1975, *Dr.enf.et fam.*, 1975, p. 89 ; JE Versailles, 1979 (non daté), *Justice* 1979, n° 73, p. 14. Trib. pour enfants d'Évry, 8 novembre 1982, *D.* 1983, jur., p. 218, note P. Raynaud ; *RTDSS* 1983, p. 525, étude G. Mémeteau ; *RDSS* 1983, p. 218, G. Mémeteau. CA Bordeaux, 4 décembre 1991, *D.* 1993, p. 129, note T. Dubaele. La difficulté tenait notamment à la nature juridique de l'IVG. En effet cet « *acte médical non thérapeutique* », (M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse Lyon 3 2006, n° 289, p. 121), « *n'est ni une mesure éducative ni un traitement médical* », F. Dekeuwer-Defossez, « Interruption volontaire de grossesse », *Rép. pén.*, p. 19. Voir également sur ce point la critique de la doctrine suite à la décision du juge des enfants d'Évry, 8 novembre 1982, *préc.*

<sup>2</sup> Cf. la position du droit anglais et la protection de l'enfant organisée par le jeu de la tutelle judiciaire. En effet, le transfert au juge de l'exercice de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, qui est la conséquence première d'un placement sous tutelle judiciaire (*wardship*), prive les parents de l'exercice des pouvoirs qu'ils tirent de la responsabilité parentale. Par conséquent, le juge anglais dispose du pouvoir d'autoriser un traitement médical ou une intervention, et notamment une IVG, sur le pupille de moins de seize ans, quand bien même ses parents y seraient opposés. Voir notamment dans le cas d'une l'IVG l'affaire *Re B (Wardship : Abortion)* [1991] 2 FLR 426, [1991] Fam Law 379. Dans cette affaire, l'autorité locale, informée par le médecin chez lequel la jeune fille âgée de douze ans s'était rendue en raison de son état de grossesse, a demandé et obtenu le placement de celle-ci sous tutelle judiciaire, ce qui a permis au juge d'autoriser judiciairement l'interruption de grossesse, demandée par la jeune fille, soutenue dans ses démarches par ses grands-parents. La mère de la jeune fille qui s'opposait à l'IVG, et contestait l'autorisation judiciaire, a été déboutée.

<sup>3</sup> Choix religieux, éducatifs, maîtrise de la liberté de procréer....

<sup>4</sup> Il est à noter qu'au fil du temps celles-ci tendent à disparaître en droit français.

l'autorité parentale tant que celle-ci ne leur a pas été retirée <sup>1</sup>. Aussi, dans le cadre de l'assistance éducative, le juge, les services sociaux, les institutions, les familles d'accueils sont tenus, dans la mesure du possible, de respecter les choix éducatifs, religieux ou médicaux exprimés par les parents.

**198.** Ainsi, la question se pose de savoir si l'utilisation d'autres mécanismes juridiques ne permettrait pas de contrôler judiciairement l'exercice de cette prérogative parentale, notamment lorsque celle-ci est exercée dans un autre but que la protection de l'intérêt de l'enfant. En effet, « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* » <sup>2</sup>. Par cette formulation introduite par la loi du 4 mars 2002 <sup>3</sup>, le législateur a donné une consécration légale à la nature de droit-fonction qui avait déjà été reconnue à l'autorité parentale alors qu'elle était encore puissance paternelle <sup>4</sup>. Comme le rappelle Mme le professeur Rubellin-Devichi, « *la puissance paternelle a été consacrée par le Code civil de 1804 comme une prérogative apparemment discrétionnaire entre les mains du père, mais les auteurs s'accordent pour dire que la puissance paternelle était comprise dans l'intérêt de l'enfant, et que l'on s'en rapportait au père pour son bon usage* » <sup>5</sup>. À cette consécration doctrinale s'était ajoutée au fil des arrêts une consécration jurisprudentielle, qui ne laissait subsister aucun doute quant à l'existence de limites dans l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 avril 1959, indique qu'il « *est traditionnellement admis que l'ensemble des droits reconnus aux parents sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs leurs sont conférés par la loi non dans leur intérêt personnel, mais dans l'intérêt de l'enfant, et dans la mesure où ils sont nécessaires à l'accomplissement des devoirs qu'ils ont assumés* » <sup>6</sup>. De la même manière, dans l'affaire dite de « la mineure de Versailles », il a été jugé que « *la puissance paternelle n'est pas un droit absolu, discrétionnaire, [qu'] elle doit au premier chef s'exercer dans l'intérêt de l'enfant, en ayant pour but d'assurer le développement harmonieux de sa personnalité* » <sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 378 du Code civil.

<sup>2</sup> Art. 371-1 du Code civil.

<sup>3</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>4</sup> Mutation opérée par la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

<sup>5</sup> J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence », *J.C.P. G* 1994, I, 3739, p. 88.

<sup>6</sup> CA Paris, 30 avril 1959, *D.* 1960, p. 673, note J. Carbonnier.

<sup>7</sup> TGI Versailles, 24 septembre 1962, *D.* 1963, p. 52, note J. Carbonnier.

Toutefois, en dépit de ces affirmations de principe, faute de pouvoirs appropriés, les juges ont toujours été réticents en droit français, à remettre en cause des décisions parentales prises dans le cadre de l'exercice de leurs prérogatives. Ainsi, les seules limites à l'exercice de l'autorité parentale sont restées celles qui touchent à la mise en danger de la santé, de la sécurité et de la moralité du mineur et qui autorisent à mettre en œuvre des mesures d'assistance éducative <sup>1</sup>. Pour les cas les plus graves, la délégation forcée de l'autorité parentale <sup>2</sup> ou bien son retrait <sup>3</sup> peuvent également être envisagés. L'abus dans l'exercice d'une prérogative parentale n'a toutefois jamais permis de fonder une intervention judiciaire dans le rapport parent-enfant, sauf lorsque celle-ci a pu conduire à la création d'une situation de danger pour l'enfant.

**199.** Ainsi, dans l'affaire dite de « la mineure de Versailles », s'il est reconnu au juge un pouvoir d'intervention dans l'hypothèse d'un exercice abusif de l'autorité parentale, celui-ci reste pour autant confiné aux situations de mise en danger de l'enfant <sup>4</sup>. Si l'abus dans l'exercice des prérogatives parentales transparaissait du fait pour les parents de chercher à imposer à la jeune fille une pratique religieuse qu'elle refusait, le problème a néanmoins été déplacé sur le terrain de la santé psychique de l'enfant, qui permettait d'entrer dans le domaine de l'assistance éducative. L'abus dans l'exercice de l'autorité parentale ne semble pouvoir être abordé que par le biais de l'assistance éducative, et non des droits fondamentaux qui sont reconnus à l'enfant, notamment par la Convention internationale sur les droits de l'enfant <sup>5</sup>.

Aujourd'hui, la question de l'interruption volontaire de grossesse sur des mineures célibataires semble réglée en droit français par la loi nouvelle <sup>6</sup>. Toutefois, l'étude des décisions de justice qui ont été rendues avant l'entrée en vigueur de la loi de 2001, nous éclaire sur la façon dont la jurisprudence a fait face aux

---

<sup>1</sup> Art. 375 du Code civil.

<sup>2</sup> Art. 376 et s. du Code civil.

<sup>3</sup> Art. 378 et s. du Code civil.

<sup>4</sup> « *Le juge est fondé à intervenir lorsqu'un exercice abusif de ce droit (la puissance paternelle) risque de compromettre la santé, la sécurité la moralité ou l'éducation du mineur* » CA Paris, 31 janvier 1963, *J.C.P. G* 1963,II ,13236 ; *RTDciv.* 1963, p. 712, obs. Desbois ; *Gaz. Pal.* 1963, p. 242.

<sup>5</sup> Voir notamment son article 14 qui consacre le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Si l'alinéa 2 de cet article préserve le droit des parents de transmettre leurs croyances à l'enfant, notamment en leur reconnaissant le droit et le devoir « *de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné, d'une manière qui corresponde au respect de ses capacités* », celui-ci ne saurait être exercé que dans le respect de la personne et des croyances de l'enfant.

<sup>6</sup> Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, qui modifie les articles L. 2212-1 et s. du Code de la santé publique. Pour plus de détails voir *infra* n° 203.

situations d'abus de droit dans l'exercice de prérogatives parentales. Dans une affaire de 1979 <sup>1</sup>, le juge des enfants a eu recours à la notion d'abus de droit pour intervenir, suite au refus des parents de consentir à ce que l'intervention soit pratiquée. Il décide en effet que ce pouvoir d'autorisation a été prévu par le législateur afin de permettre aux parents « *d'être informés et d'apporter aide et conseil à leur enfant. Ce pouvoir ne leur a certainement pas été donné pour leur permettre de punir l'adolescente au travers d'un refus d'intervention* » <sup>2</sup>. Dans une autre affaire <sup>3</sup>, après avoir retenu que les parents ont « *dans le cadre des droits d'autorité parentale commis un détournement de pouvoirs constitutif d'un abus de droit* » <sup>4</sup>, dans leur refus de consentir à l'intervention, les juges de la cour d'appel de Bordeaux se sont néanmoins rattachés à la notion de mise en danger de la mineure <sup>5</sup>, qui n'existait pas en l'espèce <sup>6</sup> pour refuser, faute de pouvoirs, d'aller à l'encontre de la volonté parentale ainsi exprimée.

**200.** *De lege ferenda*, une application effective de la théorie de l'abus de droit aurait sans doute pu permettre au juge des enfants <sup>7</sup>, d'agir plus efficacement dans le domaine de l'exercice abusif des prérogatives parentales, sans avoir à recourir à la procédure inadaptée de l'assistance éducative.

La théorie de l'abus de droit s'applique tout particulièrement à la catégorie des droits-fonction à laquelle appartient sans conteste l'autorité parentale. Si certaines prérogatives parentales sont apparues en jurisprudence comme des droits discrétionnaires <sup>8</sup> et non susceptibles de contrôle <sup>9</sup>, la manière dont elles ont été

---

<sup>1</sup> JE Versailles, 1979 (non daté), *Justice* 1979, n° 73, p. 14.

<sup>2</sup> J-F. Eschylle, « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS* 1997, p. 652.

<sup>3</sup> CA Bordeaux, 4 décembre 1991, *D.* 1993, p. 129, note T. Dubaele.

<sup>4</sup> Il apparaît clairement dans les faits de l'espèce que Mme A... a subordonné son accord, pour autoriser l'IVG de sa fille, au retrait par celle-ci de la plainte qu'elle avait déposée à l'encontre de son père, pour des faits d'inceste, quelques mois auparavant.

<sup>5</sup> « *Pour permettre au juge des enfants d'autoriser directement ou indirectement l'IVG d'une mineure, il faut que l'état de grossesse résultant d'un abus de droit soit de nature à mettre en danger celle-ci* ».

<sup>6</sup> Il n'apparaît pas que « *l'état de grossesse, eu égard aux circonstances, ait engendré un danger au sens de l'article 375 du code civil* ».

<sup>7</sup> Le juge des enfants demeure à l'heure actuelle le seul juge qui puisse être saisi directement par le mineur et sans formalité. Art. 375 du Code civil.

<sup>8</sup> Voir en ce sens J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit civil. Les obligations vol 2. Sources : le fait juridique*, Armand Colin, Paris 1989, para. 122, p. 122.

<sup>9</sup> Tel était le cas de l'autorisation parentale requise en matière de mariage des mineurs prévue par l'ancien article 148 du Code civil. En effet, face au refus de consentir exprimé par ses parents, l'enfant ne disposait d'aucun recours. Pour le professeur Josserand il fallait « *considérer comme acquis que le juge français ne peut en pareille matière, se substituer aux parents en accordant au mineur l'autorisation que ceux-ci ont refusé de lui donner* », L. Josserand, *De l'esprit des droits et de la relativité, théorie dite de*

exercées a cependant pu être jugée constitutive d'un abus <sup>1</sup>. Cette catégorie de droits discrétionnaires semble avoir cependant totalement disparu aujourd'hui en droit français <sup>2</sup>.

La théorie de l'abus de droit permet de déjouer ce que pourrait avoir de malsain l'application stricte d'un droit, notamment lorsque l'exercice de ce droit aurait des conséquences inévitables <sup>3</sup>. La définition de l'abus de droit est incertaine, « *consiste-t-il en la commission d'une faute dans l'action, en la manifestation d'une intention de nuire, ou en un détournement des prérogatives de leur finalité sociale ?* », s'interroge Monsieur Storck <sup>4</sup>. La jurisprudence n'a jamais donné de consécration absolue à l'une de ces définitions, dans la mesure où elle sanctionne « *toute faute même non intentionnelle commise dans l'exercice d'un droit* » <sup>5</sup>, et retient au gré des affaires l'une ou l'autre de ces définitions.

La dernière acception a été consacrée par le professeur Josserand, notamment dans son application aux « *puissances familiales* » <sup>6</sup>. Ainsi, certains droits ne sont pas absolus, ils ont une finalité juridique, une fonction sociale et ils doivent être exercés dans un but précis ou l'intérêt d'une autre personne que leur titulaire. Par conséquent constitue un abus de droit le fait pour son titulaire d'agir dans un sens « *contraire au but de l'institution, son esprit et sa finalité* » <sup>7</sup>. Cette définition semble la mieux à même de s'appliquer aux hypothèses d'abus dans l'exercice des prérogatives parentales. Il est certes possible de trouver, dans certaines affaires,

---

*l'abus des droits*, thèse Librairie Dalloz, Paris 1939, p. 107. Voir également CA Rouen, 26 juillet 1949, *D.* 1951, p. 532, note Lebrun.

<sup>1</sup> La rétractation tardive et sans motifs légitimes d'une autorisation parentale donnée au mariage du mineur a toutefois été considérée comme abusive et fut sanctionnée par une condamnation des parents au versement de dommages et intérêts, voir notamment CA Lyon, 23 janvier 1907, *D.* 1908, 2, p. 73, 3<sup>e</sup> espèce, note Josserand ; TI de Fougère, 21 novembre 1962, *D.* 1963, somm., p. 78.

<sup>2</sup> L'âge de la majorité matrimoniale a été alignée sur l'âge de la majorité civile par l'article premier de la Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, le mineur de moins de dix-huit ans ne dispose plus de la capacité juridique pour se marier. L'objectif premier de cette loi étant de lutter contre les mariages forcés à l'égard des mineures, l'autorisation parentale se trouve sans objet et ne doit pas permettre de contourner cette incapacité de jouissance.

<sup>3</sup> « *La notion d'abus de droit apparaît comme une sorte de soupape de sécurité pour écarter les conséquences excessives de l'application littérale d'un droit...* », F. Pollaud-Dulian, « Abus de droit et droit moral », *D.* 1993, chron., p. 97.

<sup>4</sup> M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ Paris 1982, p. 148.

<sup>5</sup> J. Flour et J-L. Aubert, *Droit civil, les obligations, vol. II, sources : le fait juridique*, éd. Armand Colin Paris, 1989, p. 121.

<sup>6</sup> L. Josserand, *De l'esprit des droits et de la relativité, théorie dite de l'abus des droits*, thèse Librairie Dalloz, Paris 1939, chapitre IV intitulé « les puissances familiales ».

<sup>7</sup> L. Josserand, *op. cit.*, p. 395.

une intention de nuire à l'enfant par l'exercice de l'autorité parentale <sup>1</sup>. Cependant, dans la plupart des cas un détournement de la fonction d'autorité parentale apparaît de manière beaucoup plus évidente. Les pouvoirs donnés au juge dans le traitement d'un abus de droit dans les rapports familiaux diffèrent selon la nature de l'abus commis. En effet, les sanctions de l'abus de droit seront adaptées au domaine dans lequel il s'exerce ainsi qu'à la nature de l'acte juridique qui l'a fait naître <sup>2</sup>. Ainsi, lorsqu'il est commis dans le cadre des relations entre époux, l'abus de droit permet au juge d'autoriser judiciairement un acte si celui-ci lui apparaît conforme à l'intérêt de la famille <sup>3</sup>. Le juge aux affaires familiales dispose également du pouvoir d'ordonner la suppression des registres de l'état civil et l'attribution consécutive d'un nouveau prénom à l'enfant dans l'hypothèse où le choix effectué par ses parents apparaîtrait non conforme à son intérêt <sup>4</sup>. Monsieur le professeur L. Josserand nous donne également l'exemple d'une émancipation judiciaire de l'enfant demandée abusivement par ses parents, laquelle serait sanctionnée par la nullité de l'acte d'émancipation <sup>5</sup>. Il apparaît cependant « *que l'abus de droit relatif à l'autorité parentale n'est sanctionné que s'il porte à l'intérêt de l'enfant une atteinte suffisamment grave pour le mettre en danger* » <sup>6</sup>. Ainsi, l'assistance éducative semble bien la seule alternative à l'abus de droit d'autorité parentale qui ait retenu une consécration au moins jurisprudentielle.

**201.** *De lege ferenda*, lorsque dans le cadre du régime de l'assistance et de l'autorisation, l'exercice de prérogatives parentales est constitutif d'un abus de droit, le juge des enfants, à l'instar des dispositions existant en droit anglais ou bien pour le règlement d'un conflit conjugal, devrait être investi d'un pouvoir de contrôle de la conformité de l'exercice de cette prérogative à l'intérêt de l'enfant assorti d'un pouvoir d'autorisation judiciaire. Cette solution permettrait de donner un outil supplémentaire de protection de l'enfant au juge, sans pour autant lui

---

<sup>1</sup> Voir notamment *supra* les affaires dans lesquelles le refus parental d'autoriser l'IVG souhaitée par la jeune fille mineure ne semblait avoir d'autre but que de la punir de son acte, au mieux de lui apprendre à vivre.

<sup>2</sup> Pour une étude complète de l'abus de droit en matière familiale et de ses sanctions, voir A. Gouttenoire et M.-C. Rivier, « L'abus de droit en droit de la famille », *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse. Actes du séminaire de Genève, mai 1998*. Études réunies par P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, Publications de l'Université de Saint-Étienne 2001, p. 161.

<sup>3</sup> A. Gouttenoire et M.-C. Rivier, « L'abus de droit en droit de la famille », *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse. Actes du séminaire de Genève, mai 1998*. Études réunies par P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, Publications de l'Université de Saint-Étienne 2001, pp. 165-166.

<sup>4</sup> Art. 57 al. 4 du Code civil. Voir également A. Gouttenoire et M.-C. Rivier, art. préc., p. 165.

<sup>5</sup> L. Josserand, *De l'esprit des droits et de la relativité, théorie dite de l'abus des droits*, thèse Librairie Dalloz, Paris 1939, p. 434.

<sup>6</sup> A. Gouttenoire et M.-C. Rivier, art. préc., p. 165.

donner un pouvoir de contrôle excessif, dans la mesure où il ne trouverait à être saisi de ces questions que par l'enfant empêché d'agir par le veto parental. Il ne s'agit pas en effet de lui donner un moyen d'intrusion excessif dans la vie des familles et dans les choix éducatifs adoptés par les parents, lesquels doivent rester libres. Il s'agirait cependant de lui donner à titre général, les moyens de trancher un conflit parent-enfant relatif à l'exercice de l'autorité parentale.

**202.** Aujourd'hui, le législateur au lieu de donner corps à une véritable alternative à la représentation et à une structure permettant de résoudre les conflits dans le cadre du régime d'assistance et d'autorisation, a préféré régler par petite touches d'autonomie, les situations dans lesquelles l'exercice de l'autorité parentale pouvait se révéler des plus attentatoires à la liberté de l'enfant. Ainsi, le mineur a acquis une autonomie quasi totale pour tout ce qui touche à sa santé, sa vie sexuelle et à la maîtrise de sa liberté de procréer <sup>1</sup>.

**203.** La question très sensible de l'interruption volontaire de grossesse des mineures célibataires, est en effet aujourd'hui réglée par les dispositions de l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique. Les modifications introduites par la loi du 4 juillet 2001 ont tenté de réaliser un compromis, somme toute peu efficace, entre le respect de la liberté de concevoir de la mineure <sup>2</sup> et le maintien du consentement parental, lequel se trouve désormais vidé de toute force juridique.

En effet, il apparaît que les dispositions nouvelles requièrent toujours l'expression du consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale pour autoriser l'interruption volontaire de grossesse. Ainsi, l'acte qui le constate doit être joint à la demande présentée au médecin par la jeune fille <sup>3</sup>. Peut-être ne faut-il voir dans ce maintien qu'une transition avant la suppression définitive du recueil du consentement parental à cette intervention et la consécration d'une véritable autonomie de la mineure en ce domaine. L'accompagnement de la mineure, nécessairement fragilisée par son état, par les personnes dont elle est *a priori* la plus proche et qui ont à cœur son intérêt, doit être promu et garanti. Néanmoins, l'exigence du consentement parental en la matière n'a aucune raison d'être, ni juridique, ni humaine. La préférence donnée à un accompagnement et à un soutien d'origine parentale, dans l'accomplissement de ses démarches par la jeune fille,

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 243 et s.

<sup>2</sup> Sur la reconnaissance à la femme d'une liberté de concevoir et non d'un droit à l'avortement, Voir B. Beignier, « La liberté de concevoir un enfant », *Dr. fam.* 2004, chron., n° 3, p. 4.

<sup>3</sup> Art. L. 2212-7 al.1<sup>er</sup> du Code de la santé publique.

peut être assurée sans qu'il soit pour autant nécessaire de donner aux parents un pouvoir, dans la prise d'une décision qui ne doit appartenir qu'à la mineure. L'autonomie du mineur a été consacrée pour tous les actes qui touchent à son intimité<sup>1</sup> et il est plus qu'anachronique que cette autonomie n'ait pas été pleinement et ouvertement étendue à l'interruption volontaire de grossesse.

Les dispositions de l'article 2212-7 du Code de la santé publique nous apparaissent d'autant plus hypocrites, que le consentement parental ainsi requis, est dénué de toute force juridique. En effet, dans l'hypothèse où les parents refuseraient de consentir à l'intervention, tout comme dans celle où la jeune fille persisterait dans son refus d'informer ses parents de son état et de ses intentions, l'interruption volontaire de grossesse peut néanmoins être pratiquée par le médecin<sup>2</sup>. Il apparaît alors tout à fait inutile et peu efficace, compte tenu de l'existence d'un délai légal encadrant l'exercice de cette liberté reconnue à la femme<sup>3</sup>, de forcer la jeune fille à rechercher un consentement<sup>4</sup>, dont au final il est tout à fait possible de se dispenser.

**204.** De manière générale, en matière médicale, il n'est aujourd'hui plus nécessaire au médecin de recourir à l'assistance éducative<sup>5</sup> pour passer outre le refus de consentir à l'acte exprimé par les parents, « *lorsque le refus d'un traitement risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur* »<sup>6</sup>. Le médecin est alors autorisé par la loi à délivrer les soins indispensables<sup>7</sup>, et la force juridique du veto ainsi exprimé, est dans ces circonstances précises, quasi nulle. Il apparaît

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 239 et s.

<sup>2</sup> Art. L. 2212-7 al. 3.

<sup>3</sup> Le délai légal pendant lequel la femme est libre d'interrompre ou non sa grossesse est de douze semaines. Art. L. 2212-1 du Code de la santé publique.

<sup>4</sup> L'article 2212-7 al. 2 du Code de la santé publique impose au médecin de s'efforcer de convaincre la jeune fille à ce que les titulaires de l'autorité parentale à son égard soient consultés. S'il ne souhaite pas entreprendre cette démarche le médecin est alors tenu de vérifier que lors de la consultation préalable obligatoire (Art. L. 2212-4 du Code de la santé publique), la personne qui a reçu la mineure a elle-même bien tenté de la convaincre d'associer ses parents avant de l'orienter vers la désignation d'une personne majeure de son choix pour l'accompagner dans ses démarches.

<sup>5</sup> Ce recours au juge des enfants avait été mis en place par l'article 28 du Décret du 14 janvier 1974, lequel autorisait le médecin à saisir le Ministère public afin de provoquer la mise en œuvre de mesure d'assistance éducative visant à autoriser le traitement envisagé, dans l'hypothèse d'un exercice abusif de leur « *droit légitime* » de refuser leur adhésion à l'avis du médecin. Sur ce droit reconnu aux parents voir notamment, « Déontologie de la médecine des enfants », *Bulletin de l'Ordre des médecins*, déc. 1983, n. 4, p. 565-568. Il apparaît très nettement que le fait de refuser un traitement médical, nécessaire pour sauver la vie de l'enfant, uniquement au nom de convictions personnelles, religieuses ou philosophiques, est constitutif d'un abus de droit. Voir sur ce point spécifique H. de Touzalin, « Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort », *J.C.P. G* 1974, I, 2672.

<sup>6</sup> Art. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique.

<sup>7</sup> Art. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique.

néanmoins que les médecins continuent de voir en pratique le recours à l'assistance éducative et à l'autorisation judiciaire comme un moyen de se prémunir contre les actions en justices qui pourraient découler de cette atteinte aux prérogatives parentale <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A. Kimmel-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2/2005, p. 272.

## *Conclusion du Titre I*

**205.** L'étude des mécanismes juridiques visant à pallier l'incapacité du mineur a permis de mettre en évidence les différences fondamentales qui existent, entre les trois systèmes étudiés, dans leur approche de la capacité de l'enfant. Le fait que des différences notables existent au regard des personnes chargées de protéger l'intérêt de l'enfant, tant par leur nombre, par leur modalité de désignation, que par les pouvoirs qui leurs sont conférés, n'est pas sans incidence sur les remèdes, apportés par chacun des systèmes, à l'incapacité de l'enfant.

**206.** Si les droits français, anglais et écossais se rejoignent aujourd'hui pour attribuer à l'incapacité une finalité essentiellement protectrice, des différences fondamentales apparaissent dans la nature qui lui est reconnue. En effet, la distinction entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice n'existe que dans les droits français et écossais. Ces deux systèmes remédient par conséquent tous deux à l'incapacité, par le mécanisme de la représentation légale. Au contraire, en droit anglais, cette distinction n'est pas traditionnelle. Si elle transparaît dans certaines théories doctrinales relatives aux droits de l'enfant, elle n'est pas utilisée pour organiser un régime d'incapacité. En effet, le pouvoir d'agir pour le compte de l'enfant en droit anglais, dérive de l'institution du *trust* et non d'un pouvoir de représentation. Aussi, l'incapacité juridique qui frappe le mineur en droit anglais coïncide avec son incapacité naturelle à agir. Par conséquent, dans ce système, l'enfant acquiert la capacité juridique au fur et à mesure de son développement personnel et de l'acquisition de facultés de discernement. La seule limite à sa capacité est alors celle de se nuire.

**207.** Les droits français et écossais recourent tous les deux au mécanisme de la représentation légale pour pallier l'incapacité du mineur. Toutefois, il apparaît que cette technique juridique ne traduise plus aujourd'hui la même réalité. En effet, les pouvoirs et les devoirs du représentant légal écossais se rapprochent davantage de ceux du *trustee* anglais que de l'administrateur légal français. Néanmoins, la mise en œuvre de la représentation légale dans les droits français et écossais consacre à l'heure actuelle, une tendance commune. En effet, l'affirmation des droits de l'enfant, notamment au niveau international, a contribué à une prise de

conscience sur la place qui doit être accordée à l'enfant, par le droit, dans la prise de décision le concernant.

**208.** Si la prise en compte de la personne du mineur a été consacrée par les trois systèmes étudiés dans le cadre des procédures judiciaires, la situation au regard du jeu de la représentation pour la réalisation d'actes juridiques extra-judiciaires, n'a pas connu la même avancée. La prise en considération de l'enfant en tant que personne, dans le cadre des décisions qui le concernent, a conduit le droit écossais à entreprendre des réformes qui visent à accorder au mineur la capacité juridique avant sa majorité, et à remettre en cause l'ancien système d'incapacité en deux phases, *tutory* et *curatory*.

En droit français, en revanche, aucune évolution législative n'est venue adapter la mise en œuvre de la représentation légale. Certaines exceptions qui seront développées ultérieurement mises à part, celle-ci continue d'être appliquée au mineur de manière uniforme. La seule réforme récente intervenue en la matière, consiste en l'exposé du précepte, introduit dans le Code civil par la loi du 4 mars 2002, selon lequel « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* »<sup>1</sup>. Ainsi, les seules limites posées à la mise en œuvre du mécanisme de représentation légale sont les situations d'opposition d'intérêts, qui autorisent la représentation *ad hoc* de l'enfant. Or, les dispositions relatives à l'administration *ad hoc* ne sont pas suffisantes pour garantir la participation effective de l'enfant aux décisions qui le concernent, dans la mesure où elles ne font que répondre à une situation de crise.

**209.** Le passage d'un régime de représentation à un régime d'assistance résulte bien souvent d'un choix éducatif et d'une volonté des représentants légaux d'associer l'enfant et de le faire participer à la prise de décision<sup>2</sup>. Si le droit n'a pas organisé à titre général de transition entre capacité et incapacité, il a néanmoins consacré, de manière ponctuelle, la mise en œuvre, à l'égard du mineur, d'un régime intermédiaire entre capacité et incapacité.

---

<sup>1</sup> Art. 371-1 *in fine* du Code civil.

<sup>2</sup> Voir également en ce sens C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, p. 562.

**210.** Le régime de l'assistance et de l'autorisation a vocation à régir plus spécifiquement les actes juridiques relatifs à la personne du mineur <sup>1</sup>, pour lesquels l'application stricte du régime de représentation se révèle inacceptable.

**211.** L'étude entreprise permet ainsi de faire ressortir trois points. En premier lieu, le fait que la capacité juridique de l'enfant coïncide avec sa capacité naturelle en droit anglais, ne rend pas nécessaire le recours à un régime intermédiaire entre incapacité et autonomie. Ce système consacre en effet, l'apprentissage progressif de la capacité par le mineur, au fur et à mesure du développement de sa maturité.

Par ailleurs, si le régime de l'assistance et de l'autorisation a été remis en cause par le droit écossais, en 1991, il apparaît cependant de plus en plus comme une solution à promouvoir en droit français. En effet, les critiques qui ont été émises par la *law commission* écossaise, quant à la complexité de sa mise en application, nous semblent pouvoir être surmontées, notamment par la suppression de la distinction sexiste qu'il contenait, et qui n'avait en effet plus de raison d'exister. La question de l'uniformité de traitement entre fille et garçon mise à part, ce régime, notamment par la durée de son application <sup>2</sup>, avait, à nos yeux, fait la preuve tant de son adaptabilité à l'évolution de la société, que de l'équilibre qu'il instaurait, dans la relation juridique entre l'enfant et les protecteurs de ses intérêts.

**212.** Enfin, donner au régime de l'autorisation et de l'assistance, une reconnaissance légale en droit français, permettrait de consacrer et d'organiser des dispositions et des pratiques éparses, qui règlent déjà la collaboration entre l'enfant et ses représentants. Les possibilités aujourd'hui débattues en doctrine, notamment en droit français, en faveur de l'instauration d'un régime d'assistance, qui prendrait le relais de celui de la représentation pour préparer le mineur à la majorité, ont notre préférence. La mise en œuvre d'une curatelle des mineurs, idéalement à compter de l'âge de quatorze ans permettrait à la fois d'assurer une protection nécessaire et suffisante à l'enfant, tout en responsabilisant sa démarche d'apprentissage de la capacité.

**213.** En deuxième lieu, l'étude entreprise permet de mettre en évidence un point commun entre les trois systèmes étudiés. En effet, malgré leurs spécificités, il

---

<sup>1</sup> Lesquels peuvent néanmoins revêtir un aspect patrimonial. Voir *supra* n° 144 et s.

<sup>2</sup> En effet, directement inspiré du droit romain, ce régime a organisé les relations juridiques entre parents et enfant en Écosse pendant plusieurs centaines d'années. Stair consacre ce régime dans ses *Institutions* dont la première édition date de 1693, ce qui implique qu'il était déjà utilisé en Écosse bien antérieurement à cette date.

apparaît que chacun d'eux organise la participation de l'enfant à la décision le concernant, soit par le recueil de son avis, soit par l'expression de son consentement.

En droit anglais, en dehors des procédures judiciaires, l'obligation de consulter l'enfant sur les décisions qui le concernent, n'a été consacrée qu'à l'égard des collectivités territoriales (*local authorities*). Cependant, dans les droits français et écossais, cette obligation s'impose désormais aux parents, dans l'exercice de l'autorité parentale.

Le domaine de la consultation de l'enfant s'est considérablement élargi au fur et à mesure de l'affirmation de ses droits. Il est intéressant de noter, en droit français plus particulièrement, que la possibilité donnée à l'enfant de s'exprimer sur ce qui le concerne, peut être comprise comme un outil d'apprentissage de la citoyenneté, notamment lorsque sa voix se fait entendre au sein des instances éducatives ou politiques.

L'opportunité donnée à l'enfant mature d'être consulté sur les affaires qui le concernent a été renforcée, en droit écossais, par l'association au critère de la maturité de l'enfant, d'une présomption de maturité en faveur de l'enfant de plus de douze ans. Cette présomption nous semble intéressante, dans la mesure où sa mise en œuvre permet de recourir à la simplicité d'utilisation du critère de l'âge, sans pour autant laisser pour compte les enfants de moins de douze ans, qui seraient déjà doués des facultés de discernement nécessaires à la formulation d'un avis.

Par ailleurs, il apparaît très nettement que si la participation de l'enfant à l'acte est organisée par le biais du recueil de son consentement, son poids dans la décision pourra varier, selon qu'il se trouve ou non assorti d'un droit de veto. En effet, il est possible de mettre en évidence deux formes de consentement. Premièrement, le consentement qui a valeur d'autorisation, et qui permet au mineur de véritablement s'opposer à l'action envisagée par ses parents. Celui-ci trouve notamment à s'exprimer pour la réalisation des actes qui touchent le mineur dans son individualité ou qui permettent une atteinte à son intégrité physique, non justifiée par des raisons thérapeutiques. Deuxièmement, le consentement-adhésion qui n'a qu'une valeur consultative. Il s'agira alors de rechercher l'adhésion de l'enfant à l'acte sans pour autant entraver sa réalisation dans l'hypothèse où celui-ci refuserait de consentir. Le domaine de l'expression du consentement-adhésion est principalement celui de l'acte médical. Les spécificités de chacun des systèmes sont marquées en ce domaine, toutefois, avec une réserve à l'égard de la situation

du mineur de plus de seize ans en droit écossais, il apparaît néanmoins que la protection de l'enfant l'emporte sur le respect de la capacité juridique qui a pu éventuellement lui être reconnue en ce domaine.

**214.** Enfin, en troisième lieu, l'étude du mécanisme de l'assistance et de l'autorisation, nous a conduite à examiner de manière plus approfondie, le jeu du rapport de pouvoirs entre l'enfant et ses parents que ce régime implique nécessairement. En effet, l'assistance ou l'autorisation ne peuvent relever l'enfant de son incapacité que parce que les protecteurs de ses intérêts demeurent investis d'un pouvoir de contrôle sur son action.

Si l'autorisation à agir est la forme de contrôle la moins pesante sur l'enfant, l'assistance requiert au contraire, bien souvent, la présence de ses représentants tout au long du processus de réalisation de l'acte. La capacité de l'enfant est alors déterminée en fonction du poids que le droit accorde à ce pouvoir de contrôle. En ce domaine, le droit de la famille et le droit des incapacités interagissent. Ainsi, il apparaît très nettement que les limites au pouvoir d'aval du représentant et à celui de veto, se trouvent dans la protection de la santé, de la sécurité et de la moralité de l'enfant. Ainsi, en droit français, faute pour le juge de disposer d'autre outil pour autoriser son intervention, la procédure d'assistance éducative a été utilisée afin de tenter de résoudre certains conflits nés de l'opposition entre l'enfant et ses parents dans le cadre du régime d'assistance et d'autorisation.

Aujourd'hui, faute d'avoir pu proposer un outil permettant la résolution de cette opposition en dehors du cadre, bien souvent inefficace, de l'assistance éducative, le droit français, par petite touche d'autonomie donnée au mineur, a effacé les pierres d'achoppements, lorsqu'elles pouvaient conduire à des situations humainement dramatiques. Ainsi, aujourd'hui le mineur s'est vu reconnaître la pleine capacité pour tous les actes qui relèvent de son intimité, et de l'exercice de la liberté de procréer. En effet, en droit français, si le consentement des parents est encore légalement requis, pour autoriser l'interruption volontaire de grossesse de la mineure, celui-ci n'est plus assorti d'un pouvoir de veto.

**215.** La capacité reconnue par le droit au mineur ne saurait cependant se limiter à la réalisation d'actes à caractère personnel. En effet, dans les droits français, anglais et écossais, une véritable sphère d'autonomie peut être mise en évidence.



## TITRE II. LA CAPACITÉ ACCORDÉE PAR LE DROIT AU MINEUR

---

**215.** Dans les trois systèmes étudiés, le mineur s'est vu reconnaître par le droit, une capacité juridique pleine et entière pour l'accomplissement de certains actes (Chapitre 1). Le domaine de cette capacité peut varier d'un système à l'autre. Toutefois, dans chacun d'eux, il apparaît que cette capacité est accordée au mineur soit sur le fondement de dispositions légales spécifiques, soit par l'effet de l'usage. Cependant, l'enfant n'exerce pas sa capacité sans garde-fous. En effet, des mécanismes spécifiques de protection ont été mis en place, lesquels autorisent, dans une certaine mesure, le mineur à remettre en cause des actes qu'il aurait accomplis durant sa minorité, en vertu de cette pleine capacité (Chapitre 2).



## *Chapitre 1. La capacité d'action du mineur*

**216.** L'étude des droits français, anglais et écossais, nous permet de mettre en évidence deux moyens permettant de faire accéder le mineur à la pleine capacité juridique. En premier lieu, il est possible de faire bénéficier le mineur d'une capacité juridique non impérative, qui sera attachée à la nature de l'acte envisagé. Cette capacité apparaît alors, dans certains cas, être soumise à l'exigence de la maturité chez l'enfant (section 1). En second lieu, le mineur peut se voir reconnaître la capacité de réaliser certains actes juridiques en raison de son âge. Ainsi, soit le domaine de cette capacité s'élargit au fur et à mesure des années, en vertu de capacités civiles anticipées qui sont autant d'enclaves de majorité au sein du régime de la minorité ; soit le domaine de la capacité reconnue au mineur sera identique à celui d'un majeur par le jeu d'une prémajorité (section 2).

### Section 1. La capacité reconnue au mineur par la loi et l'usage

**217.** Dans les trois systèmes étudiés, le droit s'est accordé, dans le traitement des incapacités, une certaine marge d'appréciation et d'adaptation qui lui permet de coller au mieux aux attentes de son temps. En effet, l'incapacité de principe à laquelle sont soumis tous les mineurs n'est pas absolue. Ainsi, en raison du mode de vie de chaque société, le droit a accordé au mineur une sphère d'autonomie notamment en matière contractuelle (§1). L'autonomie du mineur s'est également développée, en dehors de la sphère patrimoniale, pour la réalisation d'actes juridiques qui touchent à la sphère d'intimité du mineur. En effet, certains actes, en raison de leur nature éminemment personnelle, ne peuvent être accomplis que par le mineur. Ils ne peuvent en aucun cas être accomplis par représentation et ils ne sauraient par ailleurs être soumis, pour leur réalisation, à l'assistance ou à

l'autorisation des protecteurs de l'enfant, dans la mesure où « *toute intervention étrangère en détruirait le sens* »<sup>1</sup> (§2).

### § 1. La capacité contractuelle autonome du mineur

**218.** L'étude de la capacité contractuelle du mineur nous conduit à étudier le domaine des actes de la vie courante. En effet, nous retrouvons cette notion, malgré ses spécificités, dans chacun des trois systèmes étudiés. La notion d'acte de la vie courante est suffisamment large pour permettre de dresser un portrait de la capacité contractuelle du mineur. Elle comprend non seulement les actes usuels mais également ceux qui sont autorisés par la loi<sup>2</sup> (A). Il apparaît néanmoins, en droit anglais, que la sphère de capacité autonome reconnue au mineur en matière contractuelle, dépasse largement le domaine des actes de la vie courante (B).

#### A. Le domaine des actes de la vie courante

**219.** En **droit français**, le domaine des actes de la vie courante en matière contractuelle est déterminé par l'usage. La loi du 14 décembre 1964<sup>3</sup>, en faisant référence à l'usage, pour valider les actes patrimoniaux accomplis par le mineur non émancipé, a doté le droit français d'un outil juridique efficace lui permettant de s'adapter à l'évolution de la société, sans sacrifier l'impératif de protection du mineur. La force de l'usage réside dans sa faculté à relever le mineur de son incapacité d'exercice voire, dans une certaine mesure, de son incapacité de jouissance<sup>4</sup>. Ainsi, « *la sphère usuelle de capacité juridique du mineur transcende la*

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Droit civil. 1/ Les personnes. Personnalité incapacités, personnes morales*, Coll. Thémis droit privé, PUF 2000, p. 207.

<sup>2</sup> Voir en ce sens P. Conte et J.-C. Montanier, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *J.C.P. N* 1986, I, p. 401.

<sup>3</sup> Loi n° 64-1230 relative à la tutelle et à l'émancipation.

<sup>4</sup> Dans les limites de l'usage, le mineur peut ainsi accomplir certains actes juridiques, ventes, emprunts, dons manuels, cautionnements, qui lui sont interdits y compris par voie de représentation, dans la mesure où, ses représentants légaux doivent, pour la réalisation de certains de ces actes, obtenir une autorisation du juge des tutelles (article 389-5 et 457 du Code civil). Sur l'énumération de ces actes voir M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire

*classification tripartite traditionnelle des actes juridiques* »<sup>1</sup>. Par conséquent, avec l'introduction par la loi du 14 décembre 1964 de la notion d'usage, l'utilisation de la classification classique<sup>2</sup> a perdu de sa pertinence pour la détermination de la sphère de capacité contractuelle du mineur<sup>3</sup>. La capacité du mineur n'apparaît ainsi valablement déterminée que par la seule référence à l'usage<sup>4</sup>, ce critère permettant de valider ou d'invalider un acte dont la nature juridique se révèle sans importance<sup>5</sup>.

L'usage, auquel il est fait référence dans les articles 389-3 et 450 du Code civil, s'il connaît des spécificités dans son application aux incapables mineurs<sup>6</sup>, n'en est pas moins une notion dont l'utilisation est bien connue en droit français. L'usage entre dans la catégorie des notions à contenu variable<sup>7</sup>, dont la détermination appartient en dernier ressort aux juges. L'utilisation par le législateur de 1964 de « *la technique de variabilité* »<sup>8</sup>, pour déterminer la sphère de capacité contractuelle du mineur, permet, de manière paradoxale, à la fois l'uniformité de traitement de la condition juridique des mineurs et l'adaptabilité à la situation de chacun.

**220.** En effet, « *l'usage ce sont les mœurs, ce qui se fait, ce qu'admet la sagesse populaire...* »<sup>9</sup>. L'usage juridique consacre ainsi une « *pratique collective* »<sup>10</sup>, laquelle doit être appréciée, tant par la répétition qui la caractérise que par la croyance

---

d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, LGDJ Paris 1991, p. 110. Voir également en ce sens C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 81 et s., pp. 119 et s.

<sup>1</sup> C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 80, p. 118.

<sup>2</sup> Selon la doctrine classique en la matière (voir notamment J. Carbonnier, *Droit civil. 1/ Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*. Coll. Thémis droit privé, PUF 2000, n° 102, pp. 186 et s.), le mineur est autorisé à faire seul un acte conservatoire, lequel revêt un caractère « *nécessaire et urgent* » et tend à empêcher un bien de sortir du patrimoine. Pour la réalisation d'un acte d'administration, lequel se définit comme « *un acte de mise en valeur, d'exploitation normale du patrimoine* », le mineur doit être assisté. Enfin, les actes de dispositions qui « *engagent l'avenir* » et tendent à compromettre certains éléments de son patrimoine ne sont pas autorisés au mineur.

<sup>3</sup> Voir en ce sens P. Conte et J.-C. Montanier, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *J.C.P. N* 1986, I, p. 403.

<sup>4</sup> P. Conte et J.-C. Montanier, art. préc., p. 403.

<sup>5</sup> La classification tripartite classique semble cependant demeurer utile, lorsqu'il sera question de déterminer la sanction applicable à l'acte accompli par le mineur. Voir en ce sens C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 83, p. 122.

<sup>6</sup> Ces articles sont respectivement applicables en matière d'administration légale et de tutelle.

<sup>7</sup> J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles Bruylant 1984 pp. 105-106. L'auteur fait figurer l'usage au titre des « *régulations non écrites* » et s'y réfère comme à un « *système extra-légal* ». Voir également en ce sens C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 64, p. 97.

<sup>8</sup> J. Carbonnier, art. préc., p. 103.

<sup>9</sup> P. Conte et J.-C. Montanier, art. préc., p. 404.

<sup>10</sup> P. Conte et J.-C. Montanier, art. préc., p. 404.

générale en son caractère obligatoire <sup>1</sup>. S'il apparaît par conséquent, tout à fait hasardeux de déterminer *a priori* quels sont les actes que l'usage autorise au mineur, sans le soutien d'une étude sociologique de terrain <sup>2</sup>, force est d'admettre que l'usage ainsi reconnu, relèvera l'ensemble des mineurs de leur incapacité dans des conditions identiques. L'usage déterminé *in abstracto* et *a priori* permet l'uniformité dans la condition juridique du mineur .

**221.** La théorie du bon père de famille, préconisée par Messieurs Conte et Montanier <sup>3</sup> pour la détermination *a priori* du caractère usuel d'un acte juridique, ne nous semble pas pouvoir être valablement utilisée, dans le cadre de la détermination *in abstracto* de ce qu'autorise l'usage <sup>4</sup>. En effet, « *le caractère usuel d'un acte doit pouvoir être énoncé en termes généraux* » <sup>5</sup>. Aussi, l'utilisation de la théorie du bon père de famille, dans le cadre de la détermination, *a priori*, d'une catégorie prédéterminée d'actes usuels, ne peut conduire qu'à restreindre la sphère de capacité du mineur et à limiter son champ d'évolution, ce qui est à proscrire <sup>6</sup>. Les critères pris en compte par le juge pour contrôler *a posteriori* le caractère usuel de l'acte juridique accompli par un mineur, apparaissent devoir varier d'une espèce à une autre et sont sujets à débats doctrinaux. Toutefois, dans le but de garantir la sécurité juridique, ceux-ci ne peuvent être que des critères objectifs d'appréciation.

Ainsi, le critère de l'âge du mineur apparaît ne pas devoir soulever de controverse. En effet, il semble bien établi que ce que l'usage autorise à un *infans*, ne saurait se superposer à la sphère de capacité reconnue à un adolescent <sup>7</sup>.

Par ailleurs, si le critère de la modestie de l'acte trouve valablement à s'appliquer pour la détermination de la capacité du premier <sup>1</sup>, son utilisation se révèle totalement inadaptée à l'égard du second et doit être écartée.

---

<sup>1</sup> Voir en ce sens P. Conte et J.-C. Montanier, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *J.C.P. N* 1986, I, p. 404 ; C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 74, p. 111.

<sup>2</sup> Cette difficulté a notamment été mise en avant avec justesse par Madame Farge dans sa thèse. Voir C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 76, p. 114.

<sup>3</sup> Le recours au critère du bon père de famille en la matière ne fait cependant pas l'unanimité. Voir notamment sur ce point C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 75, pp. 113-114.

<sup>4</sup> *Contra* P. Conte et J.-C. Montanier, art. préc., p. 404.

<sup>5</sup> C. Farge, *op. cit.*, n° 79, p. 117.

<sup>6</sup> Voir également en ce sens C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 73, p. 113.

<sup>7</sup> Voir en ce sens M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, LGDJ Paris 1991, p. 109 ; P. Conte et J.-C. Montanier, art. préc., p. 404 ; C. Farge, *op. cit.*, n° 77, p. 115.

Le critère de l'importance économique de l'acte juridique ne semble en lui-même, pas approprié, pour permettre au juge de faire varier la notion d'usage. En pratique, la prise en compte par le juge de la gravité économique de l'acte dans le cadre de l'exercice de son contrôle, ne peut s'effectuer que par l'entremise du critère de l'utilité de l'acte accompli par le mineur. Or, ce dernier critère est de ceux qui permettent l'appréciation du caractère lésionnaire de l'acte accompli <sup>2</sup>, laquelle ne peut être confondue avec l'appréciation de son caractère usuel. Par ailleurs, comme le fait très justement remarquer le professeur Grimaldi : « *tous les mineurs n'ont pas la même vie courante* » <sup>3</sup>. Aussi, le critère de sa fortune personnelle <sup>4</sup>, nous semble revêtir davantage de pertinence pour la détermination *in concreto* du caractère usuel d'un acte juridique <sup>5</sup>.

La jurisprudence semble avoir exclu de la catégorie des actes usuels ceux qui « *entraînent des risques particuliers* » à l'égard du mineur <sup>6</sup>. La détermination de cette notion et la pertinence de son utilisation par les juges, pose des interrogations en doctrine. En effet, pour Madame Farge, les risques ainsi envisagés doivent être limités aux « *risques juridiques ou pécuniaires que présente la conclusion de l'acte pour le mineur* » <sup>7</sup>. Le professeur Grimaldi approuve, quant à lui, l'utilisation d'éléments de faits, tirés en l'espèce de la dangerosité inhérente à la conduite d'un véhicule, pour la détermination des risques particuliers ainsi envisagés <sup>8</sup>. La qualification d'un acte juridique ne saurait avoir d'autre fondement que sa nature. Il nous semble, par conséquent, plus que surprenant, que la qualité d'acte de disposition eut pu être tirée de l'existence de risques particuliers que l'utilisation du bien acquis, en l'espèce une voiture, faisait courir au mineur. Peut-être ne faut-il voir dans cette

---

<sup>1</sup> Voir en ce sens P. Conte et J.-C. Montanier, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *J.C.P. N* 1986, I, p. 404 note 27.

<sup>2</sup> Voir *infra* n° 302 et s.

<sup>3</sup> M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, LGDJ Paris 1991, p. 109.

<sup>4</sup> La référence à la « *situation financière* » de l'incapable a notamment été utilisée en jurisprudence pour reconnaître que l'acte accompli par un majeur sous tutelle était de ceux autorisés par l'usage. Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup> 3 juin 1980, *Bull. civ.*, I, n° 172 ; *Gaz. Pal.* 1981 p. 172 note J. M.

<sup>5</sup> *Contra* voir C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 79, p. 116 et s.

<sup>6</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 9 mai 1972, *Bull. civ.*, I, n° 122 ; *Gaz. Pal.* 1972 p. 110 note X.

<sup>7</sup> C. Farge, *op. cit.*, n° 78, p. 116.

<sup>8</sup> M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, LGDJ Paris 1991, p. 109.

décision que l'une des multiples ramifications qui existent entre administration légale et autorité parentale. En effet, à y regarder de plus près c'est en première instance sur le fondement d'une absence d'autorisation du représentant légal que l'acte est annulé et non sur celui d'une atteinte au pouvoir de représentation légale. Or, les actes de disposition ne sont pas de ceux que le mineur peut accomplir avec l'autorisation de son représentant légal, il doit pour ce faire, être représenté<sup>1</sup>. Aussi, nous est-il permis de penser que, dans cette affaire, les juges ont sanctionné non pas une atteinte aux règles de fonctionnement de l'administration légale et au principe d'incapacité du mineur, mais davantage sa désobéissance éventuelle et le non-respect de l'autorité parentale. Cette interprétation permettrait de limiter la portée de cet arrêt à celle d'un arrêt d'espèce et de limiter la confusion qu'il a introduite, deux ans après que la Cour de cassation ait retenu que la location d'un véhicule par un mineur, ne pouvait être que rescindée pour cause de lésion<sup>2</sup>. Aussi, pour la détermination de la nature usuelle d'un acte juridique, nous pensons, comme Madame Farge, que la prise en compte des risques inhérents à l'acte, doit être limitée à des risques juridiques ou pécuniaires, lesquels sont seuls susceptibles d'être appréciés objectivement, notamment en ayant recours *a posteriori* à l'utilisation du standard du bon père de famille.

**222.** La référence à l'usage par le législateur a pour effet de confier au juge un rôle fondamental dans le contrôle de la validité des actes accomplis par un mineur. Ainsi, le juge intervient dans la détermination, *a posteriori*, de la sphère de capacité contractuelle qui est reconnue à l'enfant. En effet, il appartient au juge en dernier ressort, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, de déterminer si un acte juridique accompli par le mineur, entre ou non, dans la catégorie des actes usuels<sup>3</sup>. Ce contrôle ne peut s'effectuer efficacement qu'au vu des circonstances de la cause<sup>4</sup>, et ne saurait autoriser le juge à porter une appréciation d'ordre moral sur une pratique collective consacrée par l'usage.

---

<sup>1</sup> Voir la théorie classique *supra* n° 219.

<sup>2</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 4 novembre 1970, *Bull. civ.*, I, n° 294 ; *J.C.P* 1971, II, 16631 note X ; *D.* 1971, p. 186 note X.

<sup>3</sup> La Cour de cassation sera néanmoins amenée à contrôler l'absence de dénaturation de l'usage par les juges du fond ainsi que la motivation ayant conduit à sa consécration. Voir en ce sens C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, p. 105.

<sup>4</sup> Voir en ce sens M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, LGDJ Paris 1991, p. 109.

La prise en compte d'éléments concrets, dans la détermination *a posteriori* du caractère usuel d'un acte juridique, participe de la protection spécifique que le droit accorde au mineur en raison de son statut <sup>1</sup>. *De lege ferenda* et à l'instar de la capacité reconnue par le droit anglais au mineur en matière de *necessaries* <sup>2</sup>, l'usage en droit français ne devrait relever le mineur de son incapacité que pour son bénéfice et non pour qu'il se nuise.

**223.** L'utilisation de la notion de bon père de famille, ou plus exactement l'examen par le juge du caractère raisonnable de l'acte, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de contrôle *a posteriori* de la nature usuelle de l'acte accompli par un mineur, nous semble devoir être soutenue <sup>3</sup>. En effet, l'utilisation de cette théorie, pour l'appréciation *in concreto* de l'usage, nous offre un critère objectif d'appréciation qui « *a l'indiscutable mérite d'être connu* » <sup>4</sup> et que le juge sait utiliser avec efficacité. En matière contractuelle, la raison s'apprécie souvent à la lueur de sa valeur pécuniaire, aussi l'examen du caractère raisonnable de l'acte nous semble être difficilement dissociable de la prise en compte par le juge de la situation financière du mineur que nous préconisons. L'examen du caractère raisonnable de l'acte s'avère par ailleurs utilisé avec efficacité par les juges Outre-Manche pour le contrôle *a posteriori* de la nature de *necessaries* de l'acte accompli par le mineur. Ceci renforce à nos yeux, la similitude entre cette notion et celle de l'acte usuel en droit français.

**224.** La capacité du mineur s'est largement développée Outre-manche dans le domaine contractuel. En effet, la *common law* privilégie l'exercice par le mineur de sa capacité naturelle dans la mesure où l'acte juridique ainsi accompli ne lui préjudicie pas. En **droit écossais**, la reconnaissance d'une capacité contractuelle pleine et entière au mineur de plus de seize ans par le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* <sup>5</sup>, ne prive pas cependant, ceux qui n'auraient pas encore atteint cet âge, d'une sphère de capacité contractuelle autonome.

**225.** En *common law*, à la différence du droit français, le mineur n'est pas frappé d'une incapacité générale à contracter. Bien que la théorie générale du droit

---

<sup>1</sup> Sur le contrôle judiciaire exercé *a posteriori* de la validité des actes accomplis par le mineur voir *infra* n° 283 et s.

<sup>2</sup> Voir *infra* n° 227 et s.

<sup>3</sup> Sur ce point voir *infra* n° 302 et s.

<sup>4</sup> P. Conte et J.-C. Montanier, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *J.C.P. N* 1986, I, p. 404.

<sup>5</sup> Voir *infra* n° 295.

anglais des contrats fasse de l'incapacité un vice affectant la validité de l'acte juridique conclu<sup>1</sup>, elle ne pose pas la minorité en barrière absolue à la capacité du mineur en la matière<sup>2</sup>. Ainsi, en *common law* à titre de principe général, « *les contrats passés par un mineur sont annulables à sa demande* »<sup>3</sup>. Celui-ci ne se trouve par conséquent pas frappé d'une incapacité d'action mais se voit offrir une protection accrue *a posteriori*<sup>4</sup>. Le mineur est donc considéré par le droit anglais comme un contractant privilégié dans la mesure où il dispose de la possibilité de remettre en cause très aisément, sur le fondement de son incapacité juridique, un contrat qu'il aurait passé durant sa minorité. Le jeu de ce privilège de minorité<sup>5</sup>, est cependant spécifiquement exclu à l'égard de certains contrats particuliers.

**226.** Ainsi, en **droit anglais**, le mineur est valablement engagé par les actes juridiques qu'il aurait accomplis dans le but de satisfaire les besoins essentiels de sa propre subsistance, ainsi que celle de sa famille. Cette catégorie d'actes est désignée par le terme de *necessaries*<sup>6</sup>. La détermination du domaine des contrats de *necessaries* se heurte à des difficultés identiques à celles qui existent pour la détermination du domaine des actes usuels en droit français. En effet, il apparaît en définitive que le pouvoir de déterminer si un acte entre ou non dans cette catégorie, appartient exclusivement au juge<sup>7</sup>, lequel statuera comme en droit français en fonction des circonstances de la cause.

Si une partie des contrats de *necessaries* peut difficilement être distinguée des actes juridiques qui sont accomplis par l'enfant en vertu d'un mandat domestique, tels que nous les définissons en droit français<sup>8</sup>, cette catégorie d'actes juridiques a

---

<sup>1</sup> Voir notamment sur ce point *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991 ; *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 ; *Halsbury's laws of England vol 9(1) : Contracts*, 4<sup>e</sup> ed, Butterworths 1998.

<sup>2</sup> Le droit anglais des contrats applicable aux mineurs est régit par la *common law* interprétée à la lumière des dispositions du *Minors' Contracts Act 1987*.

<sup>3</sup> « *Contracts made by an infant are voidable at his option* », *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991, p. 427

<sup>4</sup> Voir *infra* n° 299 et s.

<sup>5</sup> « *Minority is viewed as a personal privilege from which none can take advantage but the minor* », A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.1, p. 549. La minorité est ainsi considérée comme un privilège dont personne à part le mineur ne saurait tirer avantage.

<sup>6</sup> *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991, pp. 428 et s. ; *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 paras 8-007 et s., pp. 464 et s. ; *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> ed, Butterworths 2001, para. 18, p. 18.

<sup>7</sup> Voir en ce sens V. Fère, *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle en droit anglais*, LGDJ Paris 1923, p. 227.

<sup>8</sup> Voir sur ce point C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 126, p. 172.

néanmoins été adaptée par le droit anglais, au gré de l'évolution de la société, de manière à augmenter, de manière considérable, la capacité contractuelle du mineur. Aussi, les contrats de *necessaries*, malgré leurs spécificités, peuvent valablement être comparés aux actes usuels du mineur en droit français <sup>1</sup>.

**227.** Les critères pris en compte pour la détermination *in abstracto* et *a priori* du domaine des contrats de *necessaries*, sont relatifs à la nature des biens et des services sur lesquels ils portent. Les contrats de *necessaries* ne peuvent porter que sur des *goods*, entendus ici comme « *des biens mobiliers corporels* » <sup>2</sup>, des marchandises. Le contrat de *necessaries* peut également porter sur des *services*, lesquels peuvent être ceux d'un tiers que le mineur va louer ou bien ceux du mineur lui même, qu'il louera afin de s'assurer un revenu <sup>3</sup>.

Ces contrats doivent remplir à l'égard du mineur un caractère évident de nécessité. Ainsi, les contrats qui portent sur des marchandises et des services de première nécessité tels que la nourriture, les vêtements, les soins médicaux, les dépenses afférentes au logement ou à l'éducation appartiennent sans conteste aux *necessaries* <sup>4</sup>. Toutefois, le droit anglais n'a pas restreint les *necessaries* à cette nature d'acte. Par extension, appartiennent à cette catégorie, tous les contrats portant sur des marchandises ou des services qui sont utiles à l'enfant. Le caractère de nécessité de l'acte accompli est ainsi laissé à l'appréciation des juges, qui statueront au regard de la situation personnelle du mineur et de ses moyens financiers <sup>5</sup>. Ainsi, seuls apparaissent exclus de cette catégorie les contrats portant sur des marchandises et des services de luxe, lesquels doivent être distingués des « *luxueux articles utiles* » <sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir également en ce sens, J.-C. Montanier, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacité », *J.C.P. G* 1982, I, 3076.

<sup>2</sup> Voir sur ce point V. Fère, *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle en droit anglais*, LGDJ Paris 1923, p. 224.

<sup>3</sup> Voir V. Fère, *op. cit.*, p. 225.

<sup>4</sup> Voir notamment *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-008, p. 464; A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.4, p. 551.

<sup>5</sup> « *Then the class being established, the subject matter and extent of the contract may vary according to the state and condition of the infant himself. His clothes may be fine or coarse according to his rank ; his education may vary according to the station he is to fill ; and the medicines will depend on the illness with which he is afflicted* », *Chapple v Cooper* (1844) 13 M & W 252, p. 258 opinion du juge Alderson B. Voir également *Mackinlay v Barthurst* (1919) 36 TLR 31, dans cette affaire des cours de chant ont été considérés comme des *necessaries* dans la mesure où le mineur entendait poursuivre une carrière de chanteur. Voir également sur ce point V. Fère, *op. cit.*, LGDJ Paris 1923, p. 227 ; *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991, p. 429 ; A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.4, p. 551.

<sup>6</sup> « *Thus, articles of mere luxury are always excluded though luxurious articles of utility are in some cases allowed* », *Chapple v Cooper* (1844) 13 M & W 252, p. 258 opinion du juge Alderson B.

**228.** La charge de la preuve du caractère utile de l'acte pour le mineur, pèse sur le cocontractant <sup>1</sup>. L'utilité de l'acte est également appréciée au regard de la quantité de marchandise fournie au mineur <sup>2</sup>. En vertu de la section 3 du *Sale of Goods Act 1979*, le caractère nécessaire des marchandises acquises par le mineur est toujours apprécié « *au jour de la vente ou de la délivrance* ». Par extension le caractère utile du service est apprécié au jour du contrat <sup>3</sup>. Toutefois, des divergences apparaissent en doctrine quant au fait de savoir si une commande de *necessaries* passée par un mineur peut l'engager, si au jour de la délivrance, les biens ne lui sont plus utiles. En *common law*, le critère de l'utilité semble devoir être apprécié au moment de la délivrance des marchandises <sup>4</sup>. La doctrine est divisée quant à la question de savoir si la section 3 du *Sale of Goods Act 1979*, vient remettre en question cette solution, dans la mesure où cette loi ne vise précisément que les marchandises « *vendues et délivrées* » <sup>5</sup>.

**229.** Un tempérament doit néanmoins être apporté à la classification des contrats de *necessaries* en raison de leur nature. En effet, une marchandise, ou un service, qui entrerait dans la catégorie des *necessaries* en raison de sa nature, peut cependant ne pas engager le mineur, si le prix payé, ou les conditions du contrat, apparaissent respectivement déraisonnable ou cause de dureté <sup>6</sup>. En effet, la théorie des *necessaries*, qui empêche la remise en cause par l'enfant de ce type de contrat,

---

<sup>1</sup> *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-008, p. 464. *Barnes v Toye* (1884) 13 QBD 410.

<sup>2</sup> Voir notamment sur ce point A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, p. 552. Ainsi, si l'achat d'un gilet de costume à la mode peut entrer dans la catégorie des *necessaries* lorsqu'il est réalisé par un étudiant de Cambridge, tel n'est pas le cas de l'achat de onze de ces gilets, voir l'affaire *Nash v Inman* [1908] 2 KB 1 CA.

<sup>3</sup> A. Grubb & M. Furmston editors, *op. cit.*, para. 4.5, p. 553.

<sup>4</sup> « *Its real foundation is an obligation which the law imposes on the infant to make a fair payment in respects of needs satisfied. In other words the obligation arise re and not consensu* », *Nash v Inman* [1908] 2 KB 1 CA, opinion du juge Fletcher Moulton LJ.

<sup>5</sup> « *Sold and delivered* », *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-011, p. 465. Pour l'auteur cette loi ne vient par conséquent pas remettre en cause la solution posée en *common law*, contra voir notamment A. Grubb & M. Furmston editors, *op.cit.*, para. 4.5, p. 553.

<sup>6</sup> Voir la section 3(2) du *Sale of Goods Act 1979*. Pour l'exigence d'un prix raisonnable voir *Nash v Inman* [1908] 2 KB 1 CA, p. 12 opinion du juge Buckley LJ. Voir les recommandations faites par la *law commission* dans son rapport précédent l'adoption du *Minors' Contracts Act 1987*. The law commission, *Law of Contract. Minors' Contracts*. Working paper No 81, Londres HMSO 1982, para. 7.1. Sur la dureté des conditions du contrat voir notamment *Flower v London and North Western Rly Co* [1894] 2 QB 65 CA. Dans cette affaire le contrat de transport conclu par le mineur pour se rendre à son travail a été privé de son caractère de *necessaries*, dans la mesure où il exemptait la compagnie de chemin de fer de toute responsabilité pour les dommages qui viendraient à être causés au mineur durant le transport. Sur ce point voir notamment *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-009, p. 464; *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991 p. 430.

n'existe qu'au bénéfice de l'enfant et non pour celui de son cocontractant <sup>1</sup>. Aussi, dans ces circonstances, il sera procédé à la détermination du caractère de *necessaries* du contrat par une mise en balance de l'avantage procuré au mineur par le contrat, avec le détriment qu'il lui cause <sup>2</sup>.

**230.** En **droit écossais**, le mineur de seize ans dispose d'une pleine capacité contractuelle en vertu des dispositions du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* <sup>3</sup>. Cette capacité est étendue aux mineurs de moins de seize ans pour la réalisation d'« *actes habituellement accomplis par des personnes de son âge et de sa condition, dans des termes qui n'apparaissent pas déraisonnables* » <sup>4</sup>.

Cette définition renvoie directement aux actes qu'il est d'usage pour un mineur d'accomplir en droit français <sup>5</sup>. Cette notion contient également des critères de variabilité identiques. En effet, en droit écossais, la notion « *d'actes habituellement accomplis* », ne doit pas être interprétée uniquement au regard de la fréquence à laquelle ces actes sont accomplis par les mineurs, ce qui lui permet de s'adapter aux évolutions futures de la société, dans la mesure où un « *acte rare peut néanmoins être valable s'il ne revêt pas un caractère extraordinaire* » <sup>6</sup>. Bien que la nature contractuelle des actes ainsi accomplis apparaisse évidente, la généralité des termes utilisés permet également d'autoriser la réalisation d'actes juridiques unilatéraux <sup>7</sup>. Si le droit écossais renvoie de manière expresse à l'âge du mineur pour la détermination de sa capacité contractuelle, ce critère, bien qu'implicitement, est également déterminant pour définir la sphère de capacité usuelle du mineur en droit français.

---

<sup>1</sup> « *The contract is binding not for the benefit of the tradesman who may trust the infant, but for the benefit of the infant himself* », *Ryder v Wombwell* (1868) LR 4 Exch 32, opinion du juge Willes p. 38.

<sup>2</sup> *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 para. 13, p. 16.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 274 et s.

<sup>4</sup> « *A person under the age of 16 years shall have legal capacity to enter into a transaction (a) of a kind commonly entered into by persons of his age and circumstances (b) on terms which are not unreasonable* », section 2(1) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 219 et s.

<sup>6</sup> « *A transaction which occurs only rarely may still be allowed as long as it is not an extraordinary type of transaction* », G. Jamieson editor, *Scottish Family Law legislation*, Edimbourg, Sweet & Maxwell 2002, para. A.825.4.

<sup>7</sup> La section 2(1) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* renvoie à toute « *transaction* » quelle que soit sa nature. De plus cette loi de manière générale a vocation à régir l'ensemble de la sphère d'activité juridique du mineur que celle-ci soit ou non de nature contractuelle. Voir également en ce sens A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 15.06 p. 478.

L'influence de la *common law* et de la théorie des contrats de *necessaries*<sup>1</sup> apparaît de manière certaine en droit écossais, par le renvoi direct qu'il opère à la condition personnelle du mineur, à son milieu d'origine et à ses moyens financiers<sup>2</sup>, afin de déterminer la sphère de capacité ainsi accordée au mineur de moins de seize ans. Cette influence est également renforcée par le contrôle *a posteriori* du caractère raisonnable de l'acte ainsi accompli. En effet, à l'instar des dispositions du droit anglais relatives aux *necessaries*, en droit écossais, un acte juridique susceptible de tomber dans la catégorie des actes autorisés en raison de sa nature, peut néanmoins être invalidé en raison de son caractère déraisonnable<sup>3</sup>.

L'appréciation du caractère raisonnable de l'acte est fondée sur un critère objectif, qui peut être comparé à celui du bon père de famille. En effet, est déraisonnable l'acte juridique « *qu'un adulte, agissant en vertu d'une prudence raisonnable, n'aurait pas accompli s'il s'était trouvé à la place de l'enfant* »<sup>4</sup>. Ce critère est utilisé pour un contrôle *a posteriori* de la validité de l'acte, et ne permet pas de faire varier *a priori* la sphère de capacité du mineur écossais.

**231.** Dans les trois systèmes étudiés, malgré leurs spécificités, la capacité contractuelle du mineur apparaît pour partie déterminée par l'usage, entendu comme les pratiques courantes dans une société donnée. De manière tout à fait réaliste, chacun des trois systèmes s'est doté d'un outil juridique lui permettant de faire évoluer la sphère de capacité du mineur et de l'adapter aux mœurs de son temps. Dans l'esprit de certains des rédacteurs du Code civil, la capacité du mineur en matière contractuelle ne devait être limitée que par le préjudice qu'il se cause<sup>5</sup>. Ainsi, comme le fait remarquer Madame Bétaillolle-Gonthier, cette position reflétait la volonté de faire coïncider autant que possible capacité naturelle et capacité

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 226.

<sup>2</sup> La référence à la « *condition du mineur* » (*circumstances*), permet de prendre en considération ses origines tant personnelles que locales. « *The reference to 'circumstances' (...) allows the child's home background and what is customary in the child's locality to be taken into account* », G. Jamieson editor, *Scottish Family Law legislation*, Edimbourg, Sweet & Maxwell 2002, para. A.825.4.

<sup>3</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 15.06 p. 479. Pour le droit anglais sur ce point voir *supra* n° 225.

<sup>4</sup> « *Which an adult, exercising reasonable prudence, would not have entered into in the circumstances of the child* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op.cit.*, para. 15.06, p. 479.

<sup>5</sup> Voir en ce sens les propos de Bigot de Préameneu, « *On peut contracter avec les mineurs, s'ils sont lésés, on est censé avoir abusé de leur âge. Leur capacité cesse pour tout de qui leur est préjudiciable. Le résultat de leur incapacité est de ne pouvoir être lésés, non de pouvoir contracter* », Locré. t. XII, *Exposé des motifs* n°18 et 174, p. 321 et 391.

d'exercice <sup>1</sup>. Néanmoins, force est de constater que la lettre du Code civil n'a pas suivi cette voie et que le domaine de la capacité contractuelle du mineur a été restreint en droit français.

À l'opposé, le droit anglais, dont la tradition juridique a toujours tendu à favoriser les rapports contractuels entre les individus, a donné au mineur une capacité contractuelle qui dépasse le domaine des contrats de *necessaries*, pour couvrir l'ensemble de l'activité juridique potentielle du mineur.

## B. La capacité contractuelle étendue du mineur en droit anglais

**232.** En **droit anglais**, la capacité contractuelle du mineur pour la réalisation d'actes de la vie courante ne se limite pas aux contrats de *necessaries*. En effet, ce système valide les contrats de services qui sont conclus au bénéfice du mineur, ainsi que les actes juridiques qui ne lui nuisent point, tant qu'il n'aura pas pris l'initiative de les remettre en cause.

**233.** À l'origine, les contrats de services conclus au bénéfice du mineur (*beneficial contracts*) étaient principalement ceux qui lui permettaient d'apprendre un métier. Cette catégorie a été par la suite étendue à l'ensemble des contrats lui permettant de gagner de l'argent, de sorte que l'aspect éducatif de ce type de contrat est devenu tout à fait accessoire <sup>2</sup>.

Ainsi, le mineur sera valablement engagé par un contrat d'apprentissage <sup>3</sup>. De même, dans le cadre des limites légales encadrant le travail des mineurs <sup>4</sup>, celui-ci

---

<sup>1</sup> F. Bétaillolle-Gonthier, *La capacité naturelle*, thèse Bordeaux 4, 1999, p. 277.

<sup>2</sup> A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999 para. 4.6, p. 554. Voir notamment l'affaire *Doyle v White City stadium Ltd* [1935] 1 KB 110, qui retient la validité du contrat entre un mineur et le *British Boxing Board of Control*, lequel avait pour effet de délivrer au premier une licence l'autorisant à s'engager dans des combats de boxe professionnelle. Voir également l'affaire *Chaplin v Leslie Frewin publishers Ltd* [1966] Ch. 71 CA, qui retient la validité d'un contrat conclu entre un mineur et un éditeur visant à la publication d'une biographie du premier. Dans ces deux affaires le contrat a été validé au titre des contrats de services conclus au bénéfice du mineur.

<sup>3</sup> Voir notamment *Walter v Everard* [1891] 2 QB 369. Voir également sur ce point *Chitty on Contracts*, vol. 1 *General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 paras. 8-022 et s., pp. 469 et s. ; *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991, p. 432 ; A. Grubb & M. Furmston editors, *op. cit.*, paras 4.6 et 4.7, pp. 554 et s.

<sup>4</sup> Sections 18(1) et 18(3) du *Children and Young persons Act 1933* telles qu'amendées respectivement par la section 1(2) du *Children Act 1972* et la section 1(3) du *Employment of Children Act 1973*. Ainsi, le travail des mineurs de treize ans est interdit et l'emploi des mineurs entre treize et seize ans est soumis à des restrictions légales.

sera engagé en vertu d'un contrat de travail<sup>1</sup>. La validité de ces contrats est toutefois soumise à l'exigence de leur caractère avantageux pour le mineur. Le bénéfice procuré est apprécié de manière très large par les juges, dans la mesure où il ressort d'une mise en balance des avantages et des inconvénients ainsi contractés. Par conséquent, un tel contrat peut être valable malgré l'existence de conditions désavantageuses pour le mineur, si les avantages procurés l'emportent sur les désagréments<sup>2</sup>. L'avantage ainsi procuré au mineur, le relève de son incapacité à s'engager, mais seulement pour la conclusion de contrats de services. En effet, la *common law* n'a jamais étendu cette capacité à l'ensemble de l'activité juridique du mineur. Seuls entrent dans cette catégorie de contrats valables en raison de l'avantage procuré au mineur, les contrats de services et assimilés, et uniquement ce type de contrats<sup>3</sup>.

**234.** En vertu d'un privilège de minorité, le droit anglais reconnaît également au mineur une capacité contractuelle fondée sur la manifestation de sa volonté réelle à être engagé par l'acte. Cette sphère de capacité contractuelle découle directement du principe de *common law* en vertu duquel « *les contrats passé par un mineur sont annulables à sa demande* »<sup>4</sup>.

**235.** Ainsi, une dernière catégorie de contrats valables peut être dégagée, celle des « *contrats en vertu desquels l'enfant acquiert, dans un domaine donné, un intérêt de nature permanente, auquel sont attachées des obligations de nature continue ou*

---

<sup>1</sup> Voir notamment *Clements v London and North Western Rly Co* [1894] 2 QB 482 CA ; *De Francesco v Barnum* (1890) 45 Ch. D 430 ; *Chaplin v Leslie Frewin publishers Ltd* [1966] Ch. 71 CA. Voir également *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 para. 8-024, pp. 470-471 ; A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999 paras 4.6 et 4.7, pp. 554 et s.

<sup>2</sup> A. Grubb & M. Furmston editors, *op. cit.*, para 4.7, p. 555. Les auteurs renvoient notamment à l'affaire *Clements v London and North Western Rly Co* [1894] 2 QB 482 CA. Dans cette affaire, le mineur avait conclu un contrat de travail avec une compagnie de chemin de fer, lequel contenait une clause en vertu de laquelle il renonçait à poursuivre en justice son employeur en cas de préjudice subit mais était directement affilié au contrat d'assurance conclu par ce dernier. Les juges ont considéré dans cette affaire que la possibilité offerte par le contrat d'assurance d'obtenir une indemnité sans avoir à engager une procédure judiciaire ni à prouver la responsabilité de l'employeur, était un avantage qui l'emportait sur la renonciation à un droit et à l'espérance d'obtenir une indemnité d'un montant supérieur. Pour un exemple de contrat d'apprentissage invalidé car globalement désavantageux pour le mineur voir notamment *De Francesco v Barnum* (1890) 45 Ch. D 430. Les conditions de travail et la rémunération de l'apprentie danseuse étaient soumises à la seule volonté de l'employeur, lequel pouvait rompre unilatéralement le contrat d'apprentissage initialement conclu pour une durée de sept ans. Le contrat stipulait également différentes clauses interdisant à la jeune fille pendant la durée du contrat notamment de travailler pour d'autres personnes et de se marier.

<sup>3</sup> « *There is no general principle to the effect that any contract beneficial to a minor is binding on him* », *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 para. 8-027, p. 472.

<sup>4</sup> « *Contracts made by an infant are voidable at his option* », *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991, p. 427.

*récurrente* »<sup>1</sup>. Ces contrats sont valables tant qu'ils n'ont pas été remis en cause par le mineur (*avoidance*)<sup>2</sup> et durant le temps où ils n'auront pas été annulés<sup>3</sup>. Ainsi, leur validité n'est pas soumise à leur ratification par le mineur, mais uniquement à leur absence de remise en cause<sup>4</sup>.

Le mineur est libre de demander en justice la nullité de ces contrats, pendant toute sa minorité et durant une « *période raisonnable* » une fois la majorité acquise<sup>5</sup>. À la différence des autres contrats annulables, l'effet de leur remise en cause ne vaudra que pour le futur<sup>6</sup>. Ainsi, il sera fait échec au principe de restitution pour les intérêts échus et des obligations dues durant la période de leur validité<sup>7</sup>. Ils pourront par ailleurs être réclamés en justice à l'encontre du mineur. Les contrats ainsi conclus sont, notamment en raison de leur caractère technique, implicitement soumis à l'exigence d'une certaine maturité chez le mineur.

Le domaine de cette capacité contractuelle est limité à quatre types de contrats, qui se sont révélés importants pour la vie économique de la société anglaise à un moment donné<sup>8</sup>. Ainsi, le mineur peut valablement passer les contrats d'acquisition (*purchase*) et de location (*lease*) portant sur des terrains libres d'obligations (*freehold land*). Au regard du contrat de location, celui-ci n'engagera véritablement le mineur que dans la mesure où ce dernier a pris possession des terres et seulement à compter de la date d'entrée en possession<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> « *Contracts by which the infant acquires an interest in some subject matter of a permanent nature ie a subject matter to which continuous or recurring obligation are incident* », *North Western Rly Co v M'Michael* (1850) 5 Exch 114, opinion du juge Parke B. Voir également, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991, p. 434 ; *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-029, p. 473

<sup>2</sup> L'annulation n'est pas ouverte aux autres cocontractants sur le fondement de l'incapacité du mineur. Voir A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.12, p. 559.

<sup>3</sup> Voir sur ce point *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 para. 8-037, p. 476;

<sup>4</sup> *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991p. 434.

<sup>5</sup> *Carter v Silber* [1892] 2 Ch. 278, voir opinion du juge Lindley p. 284. Voir également *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991, p. 434 ; *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-029, p. 473. Pour plus de détails sur l'annulation de ces contrats spécifiques voir *infra* n° 307 et s.

<sup>6</sup> A. Grubb & M. Furmston editors, *op. cit.*, para. 4.13, p. 560.

<sup>7</sup> Voir notamment *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 para. 8-037 p. 476.

<sup>8</sup> A. Grubb & M. Furmston editors, *op. cit.*, para. 4.11, p. 558. Le caractère exhaustif de cette catégorisation apparaît cependant sujet à discussion.

<sup>9</sup> *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 para. 8-031, p. 473. L'auteur renvoie sur ce point notamment à l'affaire *Blake v Concannon* (1870) 4 Ir.Rep.C.L. 323.

L'acquisition de parts sociales (*shares*) entre également dans cette catégorie spécifique de contrats valables. Le mineur sera ainsi tenu de l'ensemble des obligations que cette acquisition implique vis-à-vis de la société <sup>1</sup>.

Le mineur peut également être associé dans une société (*partnership agreements*). Son engagement est cependant limité aux obligations contractées à l'égard de ses associés, mais ne s'étendra pas à celles qui sont tirées des contrats passés par les autres associés, au nom de la société <sup>2</sup>.

Enfin le mineur est valablement engagé par un contrat de mariage (*marriage settlement*) <sup>3</sup>.

Il semblerait aujourd'hui que l'ensemble des contrats de cette catégorie soient valables, quand bien même ils revêtraient un caractère désavantageux pour le mineur, dès lors que celui-ci aura pris possession des biens ainsi acquis et qu'il n'aura pas remis en cause le contrat dans les délais qui lui sont impartis par la loi <sup>4</sup>. L'absence de référence au caractère avantageux de l'acte juridique permet de distinguer très nettement cette catégorie, de celle des contrats de services qui procurent un avantage au mineur <sup>5</sup>. La protection du mineur apparaît suffisamment garantie par la liberté qui lui est offerte de remettre en cause le contrat si celui-ci tourne à son désavantage.

**236.** La reconnaissance par chacun des trois systèmes étudiés d'une capacité d'action au bénéfice du mineur, ne s'est cependant pas limitée à la sphère contractuelle. En effet, dans les droits français, anglais et écossais, la nature personnelle de l'acte juridique envisagé, relève le mineur de toute incapacité à les accomplir.

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 paras. 8-034 et 8-035, p. 475. Voir également A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999 para. 4.10, p. 557.

<sup>2</sup> Voir A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999 para. 4.10, p. 558. Les auteurs renvoient notamment sur ce point à l'affaire *Lovell and Christmas v Beauchamp* [1894] AC 607.

<sup>3</sup> *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 para. 8-033, p. 474.

<sup>4</sup> *Chitty on Contracts, op. cit.*, para. 8-030, p. 473.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 234.

## §2. La capacité acquise en raison du caractère personnel de l'acte juridique

**237.** Dans les trois systèmes étudiés, la capacité a été accordée au mineur pour la réalisation d'actes de nature personnelle. Dans les systèmes qui utilisent le mécanisme de la représentation afin de permettre au mineur d'accéder à la vie juridique, celle-ci se trouve alors purement et simplement écartée. Il est apparu également, que le fonctionnement du mécanisme de l'assistance et de l'autorisation pouvait dans certains cas conduire à une impasse, dont les conséquences pouvaient de révéler dramatiques pour le mineur. Ainsi, le droit français a reconnu au mineur une autonomie totale et sans condition pour la réalisation d'actes éminemment personnels (A). L'exercice de cette capacité apparaît cependant expressément soumis à l'exigence légale d'une certaine maturité chez l'enfant, dans les droits anglais et écossais (B).

### A. La capacité sans condition pour la réalisation d'actes éminemment personnels

**238.** En **droit français**, en vertu de l'article 389-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil « *l'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorisent les mineurs à agir eux-mêmes* ». La loi vient parfois écarter le mécanisme de la représentation et autoriser le mineur à agir directement. Cette capacité est conférée au mineur pour la réalisation d'actes qui touchent à son intimité. Ceux-ci relèvent notamment du pouvoir de contrôler sa sexualité et sa liberté de procréer. Ainsi, il n'apparaît pas concevable que le mineur soit représenté pour la réalisation de ces actes de nature éminemment personnelle, pour la réalisation desquels « *toute intervention étrangère en détruirait le sens* »<sup>1</sup>. Aucune limite légale n'existe quant à l'exercice de cette capacité par le mineur. Lui seul peut agir, quels que soient son âge et sa capacité naturelle à comprendre la portée de son action. Cette capacité est conférée au mineur pour l'exercice de droits

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Droit civil. 1/ Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*. Coll. Thémis PUF 2000, n° 113, p. 207.

personnellissimes, qui, s'ils sont limités en nombre, n'en apparaissent pas moins fondamentaux quant à leur portée.

**239.** Ainsi, le droit français accorde au mineur sans condition, la capacité d'établir ou non sa paternité et sa maternité. Il l'exercera sans représentation ni assistance<sup>1</sup>. Par ailleurs, la mère mineure peut librement choisir de ne pas reconnaître sa maternité, d'accoucher dans l'anonymat<sup>2</sup> et de remettre consécutivement son enfant aux services sociaux<sup>3</sup>. La question se pose cependant de savoir si la remise volontaire de l'enfant aux services sociaux<sup>4</sup>, qui « *doit s'analyser comme un acte juridique volontaire et unilatéral* »<sup>5</sup>, est ouverte à la mineure, ayant établi sa filiation avec l'enfant, sans assistance de son représentant légal. En effet, la Cour de cassation dans son arrêt du 5 novembre 1996<sup>6</sup>, ne fait produire tous les effets juridiques à la remise de l'enfant par la mère mineure, qu'en raison de l'absence de lien de filiation établi avec celui-là. L'absence de lien de filiation établi, avait pour conséquence de faire disparaître l'obligation de constater la validité du consentement à l'abandon de l'enfant, puisque la mère n'avait pas

---

<sup>1</sup> Cass. civ. 22 juin 1813, S. 1813, I, 375 concl. Joubert ; Req. 4 novembre 1835, S. 1835, I, 785 ; CA Orléans 16 janvier 1847, DP 1847, 2, 17. La doctrine est par ailleurs « *constante et immémoriale* » quant à la reconnaissance d'une telle capacité à l'enfant, J. Massip, *Les incapacités [Étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 32, p. 67 note 7. Voir notamment A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, 4<sup>e</sup> éd, Librairie du journal des notaires et des avocats 1989, p. 15, note 24. *Traité général du notariat*, V° Filiation, n° 75. Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil. Les personnes, la personnalité, les incapacités*, 8<sup>e</sup> éd. par F. Laroche-Gisserot, Montchrestien 1997 n° 604, p. 166 ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de famille T. 1*, LGDJ 2<sup>e</sup> ed 1993 n° 735. J. Carbonnier, *Droit civil. 1/ Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*. Coll. Thémis PUF 2000 n° 113, p. 207. *Droit de la famille*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001/2002 n° 1494, p. 545. M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse Lyon 3 2006, n° 423 et 424, p. 178. Sur la capacité procédurale acquise en raison de la maternité, et notamment au regard des actions à fin de subsides et en recherche de paternité voir *infra* n° 925.

<sup>2</sup> L'article 341-1 du Code civil autorise l'accouchement de la mère qui souhaite garder le secret de son identité, sans condition de capacité. L'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles et les articles 351 et s du Code civil organisent la mise en œuvre en pratique du secret et la remise consécutive de l'enfant aux services sociaux. Voir en ce sens J. Rubellin-Devichi, « Droit de la mère et droit de l'enfant, réflexion sur les formes de l'abandon », *RTDciv.* 1991, p. 695 ; C. Neirinck, « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003-3. Sur la nature juridique de l'accouchement sous X voir notamment M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse Lyon 3 2006, n° 491-496, pp. 203 et s.

<sup>3</sup> Voir notamment Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 5 novembre 1996, *Bull. civ.*, I, n° 368 ; *J.C.P. G* 1997, II, 22749, note I. Ardeeff ; *Dr. fam.* 1996 comm. n° 19, obs. P. Murat ; *RTDciv.* 1997 p. 98 obs. J. Hauser ; *D.* 1997, somm., p. 161 obs. Granet ; *Defrénois* 1997, art. 36591, n° 64 p. 718, obs. J. Massip. Dans cette affaire, la Cour de cassation a validé la remise de l'enfant aux services de l'Aide sociale à l'enfance effectué par la mère mineure Voir également pour plus de détails sur l'accouchement sous X demandée par une mère mineure, M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse Lyon 3 2006, n° 487 et s., pp., 202 et s.

<sup>4</sup> Autorisée par l'article L. 224-4 2° du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>5</sup> Anh Ton Nu Lan, « Abandon d'un enfant sans filiation établie, le consentement à la remise de l'enfant aux services de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004-7, n° 8/32.

<sup>6</sup> Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 5 novembre 1996, *Bull. civ.*, I, n° 368 ; *J.C.P. G* 1997, II, 22749, note I. Ardeeff ; *Dr. fam.* 1996 comm. n° 19, obs. P. Murat ; *RTDciv.* 1997 p. 98 obs. J. Hauser ; *D.* 1997, somm., p. 161 obs. Granet ; *Defrénois* 1997, art. 36591, n° 64 p. 718, obs. J. Massip.

d'existence juridique en raison de l'anonymat souhaité par celle-ci, au moment de l'accouchement. Le caractère éminemment personnel de la remise de son enfant aux services sociaux, ne semble faire aucun doute. Les dispositions qui reconnaissent par ailleurs au parent mineur, une capacité sans restriction pour exercer l'autorité parentale sur leur enfant, nous permettent de retenir que cet acte est réalisable par le mineur, sans qu'il ait à être représenté ni assisté dans ses démarches.

**240.** Le mineur parent dispose d'une pleine capacité pour exercer l'autorité parentale envers son enfant <sup>1</sup>. De manière tout à fait paradoxale, le mineur dispose à l'égard de son enfant d'une capacité qu'il ne pourrait exercer si elle l'était pour son compte. Des interrogations existent cependant quant à la capacité du mineur parent à exercer les pouvoirs liés à l'administration légale. Cette question n'a été directement tranchée par la Cour de cassation qu'au regard de l'action en recherche de paternité <sup>2</sup>. Il a ainsi été jugé que la qualité pour agir en justice reconnue à la jeune fille, n'était fondée que sur sa qualité de mère et non sur sa qualité d'administrateur légal <sup>3</sup>. Toutefois, le caractère spécifique de l'action en recherche de paternité, exclut qu'il puisse en être tiré une règle d'application générale au droit des incapacités.

De même, toute transposition au mineur de la solution retenue à l'égard des majeurs incapables <sup>4</sup> ne nous semble pas du tout satisfaisante. En effet, l'incapacité juridique qui frappe les majeurs corrobore toujours une incapacité naturelle, qui doit avoir été médicalement constatée <sup>5</sup>. Or, il n'est pas rare que les mineurs parents se trouvent proches de la majorité, et qu'ils bénéficient déjà des facultés de discernement nécessaires à l'exercice de leurs droits.

Par ailleurs, il nous faut garder à l'esprit que dans l'hypothèse où le mineur parent serait marié, il n'existe aucune limite à l'exercice de l'autorité parentale et de

---

<sup>1</sup> L'article 371-1 du Code civil dispose que l'autorité parentale « appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant... ». Aucune incapacité liée à l'âge n'a été posée par le Code civil pour son exercice. Voir également A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 456, p. 249

<sup>2</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 12 octobre 1983, *Bull. civ.*, I, n° 230, D. 1984, jur., 238 note Massip. Dans cet arrêt, la Cour de cassation fonde sa décision sur l'article 340-2 du Code civil, excluant par là même la possibilité de donner à cette solution une portée générale au regard du droit des incapacités.

<sup>3</sup> Pour plus de détails voir *infra* n° 933.

<sup>4</sup> Voir la position de N. Descamps dans sa thèse *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse Lille II 1996, p. 321. L'auteur préconise l'ouverture systématique d'une tutelle aux biens de l'enfant. Le mineur ne restant titulaire que de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de son enfant, à l'instar de la solution retenue dans l'hypothèse de parents incapables majeurs. Voir notamment TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *J.C.P. G.* 1990, II, 21514, note Fossier.

<sup>5</sup> Art. 493-1 et 509 du Code civil.

l'administration légale sur ses enfants, puisqu'il se trouve émancipé par le mariage <sup>1</sup>.

Par conséquent, le mineur parent ne saurait être *a priori*, privé de l'exercice de l'administration légale à l'égard de son enfant et du pouvoir de représentation qui lui est associé. Le priver de cet exercice en raison de son incapacité juridique contribuerait à nier sa qualité de parent, ce qui est tout à fait inacceptable. L'exercice de l'autorité parentale et de l'administration légale découle directement de l'exercice par le mineur de sa liberté de procréer. Aussi, entre-t-il à nos yeux, même si ce n'est que de manière incidente, dans la catégorie des actes éminemment personnels, lesquels ne sauraient être accomplis par représentation, ni en vertu du régime d'assistance et d'autorisation.

**241.** Les modalités d'exercice de l'autorité parentale et de l'administration légale par le parent mineur, découlent directement de sa situation personnelle. En dehors de la situation spécifique du mineur marié, il nous faut distinguer deux situations.

Ou bien l'enfant n'a été reconnu que par un seul de ses parents, en général la mère mineure : celle-ci se trouvera alors seule investie de l'exercice de l'autorité parentale à son égard <sup>2</sup>. Dans cette hypothèse, l'administration légale des biens de l'enfant est placée sous contrôle judiciaire <sup>3</sup>, ce qui offre une garantie suffisante à l'enfant tout en permettant à la mère mineure d'exercer les droits qui sont les siens.

Ou bien les deux parents ont reconnu l'enfant au plus tard dans l'année qui suit sa naissance : les deux parents exerceront en commun l'autorité parentale <sup>4</sup>, et l'administration légale sera pure et simple <sup>5</sup>. Elle s'exercera librement, dans des limites identiques à celles qui existent à l'égard des parents majeurs. Le parent mineur dispose dans ces circonstances de davantage de pouvoir en tant que titulaire de l'autorité parentale et administrateur des biens de son enfant, que pour lui-même. Cette situation paradoxale conduit notamment une partie de la doctrine à plaider en faveur d'une intervention législative visant à autoriser le mineur parent

---

<sup>1</sup> Art. 476 du Code civil.

<sup>2</sup> Art. 372 du Code civil.

<sup>3</sup> Art. 389-2 du Code civil.

<sup>4</sup> Art. 372 du Code civil. Il est à noter qu'avec la réforme introduite par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, cette hypothèse n'est plus une hypothèse d'école. En effet, en faisant disparaître la condition de cohabitation qui existait auparavant, deux parents mineurs vivant chacun respectivement au domicile de leurs parents pourront désormais exercer en commun l'autorité parentale à l'égard de leur enfant, à la seule condition qu'ils l'aient tous les deux reconnu dans l'année de sa naissance.

<sup>5</sup> Art. 389-1 du Code civil.

à solliciter auprès du juge des tutelles son émancipation <sup>1</sup>. Aujourd'hui, ce pouvoir relève encore du domaine des prérogatives parentales <sup>2</sup>.

**242.** Le souhait de donner à quiconque en âge de procréer, les moyens de maîtriser cette faculté, a conduit le législateur à organiser la liberté du mineur dans le recours à la contraception <sup>3</sup>. La réforme introduite par la loi du 4 juillet 2001 <sup>4</sup>, est venue renforcer l'autonomie du mineur en ce domaine. Ainsi, « *le consentement des titulaires de l'autorité parentale, ou le cas échéant du représentant légal, n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures* » <sup>5</sup>. Tous les procédés contraceptifs, masculin ou féminin, sont couverts par cette disposition, y compris ceux qui requièrent une intervention médicale invasive pour leur mise en place <sup>6</sup>.

La liberté d'action du mineur en ce domaine est totale dans la mesure où le législateur a véritablement procuré à l'enfant les moyens pratiques de la mettre en œuvre <sup>7</sup>. Ainsi, « *les centres de planification ou d'éducation familiale sont autorisés à délivrer à titre gratuit, des médicaments, produits, ou objets contraceptifs aux mineurs désirant garder le secret...* » <sup>8</sup>. L'autonomie reconnue aux mineurs en ce domaine, et la gratuité des moyens de contraception, est le fruit d'une volonté politique forte de prévention contre les grossesses non désirées, et plus particulièrement chez les adolescentes, laquelle tend notamment à tenter de limiter le recours consécutif à l'interruption volontaire de grossesse.

L'adoption de dispositions spécifiques à la contraception d'urgence, qui consiste pour la femme à « *l'utilisation d'un médicament permettant d'éviter une grossesse peu après un rapport sexuel non ou mal protégé* » <sup>9</sup>, participe également de cette volonté. En effet, en vertu de l'article L. 5134-1 al. 2 du Code de la santé publique, les

---

<sup>1</sup> Voir notamment A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 460, p. 250-251.

<sup>2</sup> Art. 477 al. 2 du Code civil.

<sup>3</sup> Loi Neuwirth du 28 décembre 1967. Article 2 de la loi Veil du 4 décembre 1974, *D.* 1974, p. 368.

<sup>4</sup> Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

<sup>5</sup> Art. L. 5134-1 I al. 1<sup>er</sup> du Code de la santé publique.

<sup>6</sup> Art. L. 5134-1 II du Code de la santé publique relatif aux contraceptifs intra-utérins.

<sup>7</sup> Les moyens d'assurer la maîtrise de sa liberté de procréer est accordée en droit français non seulement au mineur, mais à quiconque « *ne bénéficiant pas de prestations maladie, assurées par un régime légal ou réglementaire* », en vertu de l'article L. 2311-4 du Code de la santé publique.

<sup>8</sup> Art. 2311-4 du Code de la santé publique.

<sup>9</sup> M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse Lyon 3 2006, para. 153, p. 67.

mineures peuvent se voir délivrer gratuitement le NorLévo<sup>1</sup> dans les pharmacies. L'accès des élèves mineures, mais également majeures, à la contraception d'urgence a également été facilité via les infirmiers scolaires. En effet, dans les établissements scolaires du second degré<sup>2</sup>, les infirmiers pourront, sans en informer les parents, ni les personnes exerçant l'autorité parentale, orienter l'élève mineure vers un médecin ou un centre de planification ou d'éducation familiale, afin de lui permettre d'avoir recours à la contraception d'urgence. Dans l'hypothèse où ceux-ci « *ne seraient pas directement accessibles* », les infirmiers scolaires sont autorisés à administrer directement le NorLévo à l'élève, après s'être assuré de son état de détresse, ainsi que de l'urgence de la situation<sup>3</sup>. La protection de la mineure n'a cependant pas été sacrifiée à son autonomie dans la mesure où tant le pharmacien que l'infirmier scolaire sont tenus de respecter un protocole préalable à la délivrance, pour le premier, et à l'administration, pour le second, du NorLévo<sup>4</sup>. Les infirmiers scolaires sont par ailleurs tenus d'assurer « *l'accompagnement psychologique de l'élève et veillent à la mise en œuvre d'un suivi médical* »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Le NorLévo est à l'heure actuelle le seul contraceptif d'urgence qui ne soit pas soumis à prescription médicale obligatoire, dans la mesure où, en raison de sa composition, il ne connaît aucune contre indication médicale. La vente libre du NorLévo en pharmacie a été organisée par l'Arrêté du Secrétaire d'État à la santé et à l'Action sociale du 27 mai 1999, sur proposition du Directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. Pour plus de détails sur ce point voir M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse Lyon 3 2006 n° 153-1544, pp. 67-69.

<sup>2</sup> Collèges et Lycées.

<sup>3</sup> Art. L. 5143-1 I al. 2 du Code de la santé publique.

<sup>4</sup> Voir les articles 1 à 4 du Décret n° 2002-39 du 9 janvier 2002 relatif à la délivrance aux mineurs de médicaments ayant pour but la contraception d'urgence. L'article 1<sup>er</sup> dispose notamment que « *La délivrance par le pharmacien est précédée d'un entretien visant à s'assurer que la situation de la personne mineure correspond aux critères d'urgence et aux conditions d'utilisation de cette contraception. L'entretien permet également au pharmacien de fournir à la mineure une information sur l'accès à une contraception régulière, sur la prévention des maladies sexuellement transmissibles et sur l'intérêt d'un suivi médical. Cette information est complétée par la remise de la documentation dont dispose le pharmacien sur ces sujets. Le pharmacien communique également à la mineure les coordonnées du centre de planification ou d'éducation familiale le plus proche* ». Voir également *Le protocole national sur la contraception d'urgence en milieu scolaire*, en Annexe au Décret n° 2001-258 du 27 mars 2001 pris en application de la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2003 relative à la contraception d'urgence. Il est notamment prévu que l'administration du NorLévo à l'élève soit précédée d'un entretien, lequel permettra en plus d'apprécier la situation de l'informé sur les différentes possibilités de contraception d'urgence. L'infirmier est tenu de proposer à l'élève d'entrer en contact avec un médecin, et de s'entretenir avec l'un des titulaires de l'autorité parentale sur sa démarche. Il sera tenu de respecter le refus exprimé par l'élève. L'infirmier est par ailleurs garant du respect de la posologie du médicament dans la mesure où lui seul peut l'administrer à l'élève.

<sup>5</sup> Art. L. 5143-1 I al. 2 *in fine* du Code de la santé publique. Voir également *Le protocole national sur la contraception d'urgence en milieu scolaire*, en Annexe au Décret n° 2001-258 du 27 mars 2001 pris en application de la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2003 relative à la contraception d'urgence, qui prévoit que l'infirmier est tenu de suivre chaque élève à laquelle une contraception d'urgence a été administrée, notamment « *il lui appartient de veiller à la mise en œuvre d'un accompagnement psychologique de l'élève et d'un suivi médical par un centre de planification ou d'éducation familiale ou d'un médecin* ». Il devra s'assurer de l'efficacité de la contraception d'urgence, en conseillant à l'élève d'effectuer un test de grossesse en cas de retard de règles, ainsi que de la prévention des MST

Ainsi, en droit français, le mineur, quels que soient ses moyens financiers, dispose de la maîtrise de sa contraception dans la mesure où celle-ci quelle qu'en soit la forme, lui est accessible gratuitement. La liberté d'action du grand adolescent en ce domaine se trouve renforcée par les dispositions relatives à l'assurance maladie. En effet, le pharmacien qui délivre gratuitement le NorLévo s'adresse directement à la caisse d'assurance maladie dont il dépend pour le paiement du médicament <sup>1</sup>, ce qui participe à l'efficacité du dispositif, dans la mesure où sa mise en oeuvre n'est pas entravée par des considérations financières.

**243.** L'autonomie du mineur dans la maîtrise de sa liberté de procréer est aujourd'hui pleinement affirmée. Avant la réforme introduite par la loi du 4 juillet 2001 <sup>2</sup>, les dispositions légales qui imposaient le recueil concurrent des consentements de l'un des titulaires de l'autorité parentale et de celui de la mineure, pour que celle-ci puisse interrompre sa grossesse <sup>3</sup>, conduisait à des situations humainement dramatiques dans l'hypothèse où le premier était refusé <sup>4</sup>. Les solutions apportées en jurisprudence, qui consistaient pour certains juges des enfants à autoriser directement l'interruption volontaire de grossesse, dans le cadre de mesures d'assistance éducative, étaient prises en excès de pouvoir par les juges et ne permettaient pas d'apporter une solution juridique appropriée au règlement de ces conflits <sup>5</sup>.

Aujourd'hui, la question de l'interruption volontaire de grossesse des mineures célibataires est réglée par les dispositions de l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique. Toutefois, si ces dispositions ne font pas complètement disparaître

---

en conseillant un dépistage et éventuellement un traitement précoce. De même, il sera tenu de discuter avec elle d'une méthode de contraception régulière adaptée à son cas.

<sup>1</sup> Art. 3 du Décret n° 2002-39 du 9 janvier 2002 relatif à la délivrance aux mineurs de médicaments ayant pour but la contraception d'urgence.

<sup>2</sup> Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

<sup>3</sup> En vertu de l'ancien article L. 162-7 du Code de la santé publique, lorsque la femme qui demandait une IVG était mineure célibataire, le consentement de l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale, ou le cas échéant du représentant légal était requis pour autoriser l'intervention. Le consentement de la mineure à l'acte n'intervenait qu'en second lieu et ne visait qu'à garantir qu'elle ne subissait pas de pression, notamment familiale, en faveur de l'IVG. En effet l'ancien article L. 162-7 du Code de la santé publique disposait que le consentement parental ainsi donné devait « être accompagné de celui de la mineure célibataire enceinte, ce dernier étant donné en dehors de la présence des parents ou du représentant légal ».

<sup>4</sup> Voir notamment JE Versailles, 1979 (non daté), *Justice* 1979, n° 73, p. 14 ; CA Bordeaux, 4 décembre 1991, *D.* 1993, p. 129, note T. Dubaele. Le refus de consentir n'apparaissait bien souvent pas motivé par l'intérêt de la jeune fille, mais davantage par des considérations telles que « l'animosité, des convictions morales ou religieuses, des relations conflictuelles avec la mineure », J.-F. Eschylle, « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS* 1997, p. 651.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 199 et s.

l'exigence du consentement parental à l'intervention <sup>1</sup>, elles l'ont cependant vidé de toute force juridique. En effet, dans l'hypothèse où la jeune fille souhaiterait garder le secret sur son état, ainsi que sur la décision qu'elle a prise à ce sujet, de même que dans l'hypothèse où le consentement parental à l'intervention lui serait refusé, l'interruption volontaire de grossesse pourra être réalisée par le médecin, à la seule demande de la jeune fille <sup>2</sup>. Là encore, la protection de la mineure, inévitablement fragilisée par son état, n'a pas été sacrifiée à la reconnaissance de son autonomie, dans la mesure où la loi lui impose, dans ces circonstances, de se faire accompagner dans ses démarches « *par la personne majeure de son choix* » <sup>3</sup>. La mineure, quel que soit son âge ou sa situation personnelle, peut de sa propre initiative faire échapper l'interruption volontaire de sa grossesse à l'exercice de l'autorité parentale, en raison de son caractère éminemment personnel. Elle est libre d'associer ou non ses parents à sa démarche. L'existence d'un état de détresse, qui la relève de son incapacité juridique, est laissée à la seule appréciation de la mineure. Là encore, le législateur est allé jusqu'au bout de la réforme et de la reconnaissance de l'autonomie de la mineure, en lui offrant la gratuité de l'intervention médicale, ce qui permet de garantir son anonymat <sup>4</sup>.

Un écueil peut cependant être mis au jour au regard des dispositions relatives au contrôle de l'absentéisme scolaire <sup>5</sup>. Il conviendrait que ces dispositions soient interprétées de manière à ne pas mettre en difficulté la jeune fille qui souhaiterait

---

<sup>1</sup> En effet, les dispositions nouvelles requièrent toujours l'expression du consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale pour autoriser l'IVG. Il est toutefois à noter que la loi nouvelle inverse l'ordre de recueil des consentements, et la portée symbolique de cette inversion nous apparaît importante. En effet, aujourd'hui l'acte qui constate l'autorisation parentale à l'intervention doit être joint à la demande présentée au médecin par la jeune fille, alors que les dispositions antérieures prévoyaient que le consentement de la jeune fille devait être joint à la demande d'intervention présentée par un des parents. Peut-être ne faut-il voir alors dans le maintien de l'exigence du consentement parental qu'une transition vers la suppression définitive du recueil du consentement parental à cette intervention et la consécration d'une véritable autonomie de la mineure en ce domaine. Sur ce point voir également *supra* n° 202.

<sup>2</sup> Art. L. 2212-7 du Code de la santé publique.

<sup>3</sup> Art. L. 2212-7 al. 3 du Code civil. Sur la mission d'accompagnement de cet adulte référent voir notamment M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse Lyon 3 2006, n° 305 et s., pp. 126 et s.

<sup>4</sup> L'art. L. 132-1 al. 1<sup>er</sup> du Code de la sécurité sociale dispose : « *L'intégralité des dépenses exposées à l'occasion des interruptions volontaires de grossesse pratiquées dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique est prise en charge par les organismes d'assurance maladie* ». Le décret n° 2002-799 relatif à la prise en charge anonyme et gratuite des interruptions volontaires de grossesse pratiquées sur des mineures sans consentement parental, organise le remboursement aux médecins de l'ensemble des frais inhérents à l'intervention médicale par la caisse d'assurance maladie du ressort de laquelle ils dépendent.

<sup>5</sup> Circulaire n° 2004-054 du 23 mars 2004 relative au contrôle et à la promotion de l'assiduité des élèves soumis à l'obligation scolaire. Cette circulaire impose en effet aux chefs d'établissements de signaler aux titulaires de l'autorité parentale toute absence de l'élève, sans toutefois être tenus de leur divulguer les causes de cette absence. Il est évident que les parents rechercheront alors directement auprès de la jeune fille les causes de cette absence.

garder le secret. Par conséquent, dans l'hypothèse où l'absence aux cours est justifiée en raison des démarches entreprises en vue de la réalisation d'une interruption volontaire de grossesse, celle-ci à titre exceptionnel ne devrait pas être signalée aux parents de la jeune fille <sup>1</sup>.

**244.** En dehors de la sphère d'intimité du mineur, mais relevant néanmoins à nos yeux de la catégorie des actes éminemment personnels, sa liberté d'opinion en matière syndicale est également garantie par la loi. En effet, en vertu de l'article L. 411-5 du Code du travail, « *tout salarié, quels que soient son sexe, son âge, sa nationalité, peut librement adhérer au syndicat professionnel de son choix* ». L'activité salariée est un facteur émancipateur de portée importante dans la vie du mineur. En effet, comme cela a pu être relevé par Monsieur le professeur Lyon-Caen, en droit social « *il n'y a pas de mineurs incapables, il y a des jeunes travailleurs* » <sup>2</sup>. Ainsi, si l'autorisation de ses représentants légaux est requise pour permettre au mineur d'accéder au monde du travail <sup>3</sup>, il apparaît néanmoins que les droits tirés de l'exercice de son activité professionnelle, peuvent être mis en œuvre à titre autonome <sup>4</sup>.

**245.** Cette capacité pleine et entière reconnue au mineur quel que soit son âge et sans qu'il soit nécessaire pour ses interlocuteurs de s'assurer de sa capacité naturelle à la mettre en œuvre apparaît, dans le cadre de notre étude, spécifique au droit français.

Il apparaît cependant en pratique, que si le discernement n'a pas à être recherché chez le mineur, sa capacité naturelle à accomplir les actes juridiques en question conditionne leur mise en œuvre effective. Néanmoins, il nous semble cependant tout à fait bienvenu que le législateur n'ait pas assorti la réalisation de ces actes éminemment personnels de condition spécifique, lesquelles ne viendraient qu'entraver la liberté d'action reconnue au mineur dans ce domaine, sans pour autant lui offrir une protection accrue. À la différence de la position en droit français, en droit anglais, la capacité du mineur lorsqu'elle n'est soumise à aucune condition d'âge, n'en reste pas moins soumise à l'exigence d'une certaine maturité chez l'enfant, y compris pour la réalisation d'actes qui touchent à son intimité.

---

<sup>1</sup> Voir en ce sens M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse Lyon 3 2006, p. 129, note 454.

<sup>2</sup> G. Lyon-Caen, « Rapport entre le droit civil et le droit du travail », *RTDciv.* 1974, p. 229.

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 185.

<sup>4</sup> Sur la capacité procédurale reconnue au mineur salarié voir *infra* n° 867 et s.

## B. La capacité sous condition de maturité

**246.** En droit français, la réalisation par l'enfant d'actes éminemment personnels n'est pas soumise à la constatation par ses interlocuteurs de sa capacité naturelle à les accomplir. En revanche, dans les droits anglais et écossais l'exercice de cette capacité est soumis à la constatation des facultés de discernement chez l'enfant. Néanmoins, il apparaît commun aux trois systèmes que la maturité, ou le discernement, produise dans certaines conditions un effet émancipateur. La difficulté réside ici, dans l'appréciation des facultés de discernement chez l'enfant. La question se pose alors de savoir quels sont les éléments pris en compte pour son appréciation, et quelles sont les personnes habilitées à procéder à cette appréciation. Le droit anglais a fait le choix de donner à ses juges des éléments objectifs d'appréciation de cette capacité naturelle, afin d'uniformiser au maximum les pratiques judiciaires. Les critères ainsi dégagés trouvent également à s'appliquer en droit écossais, malgré l'utilisation d'un test de compétence spécifique en matière de consentement médical (1). De manière plus générale, la constatation de la maturité de l'enfant permet dans les trois systèmes de faire évoluer de manière progressive, la capacité juridique du mineur (2).

### 1. L'utilisation d'un test de compétence spécifique

**247.** Les principes relatifs à la capacité du mineur en **droit anglais**, sont principalement tirés de la jurisprudence Gillick. En effet, avec l'affaire *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*<sup>1</sup>, les juges ont, en 1985, redéfini les contours de l'exercice de la responsabilité parentale sur les adolescents. Si la portée de cette décision a par la suite été restreinte dans le domaine spécifique du consentement à l'acte médical<sup>2</sup>, il n'empêche que l'impact de l'affaire Gillick aura

---

<sup>1</sup> [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402, [1985] 3 WLR 830, [1986] 1 FLR 224.

<sup>2</sup> Voir notamment l'arrêt *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 592 ; [1992] Fam. 11 ; [1992] 1 FLR 190 ; [1992] 2 FCR 229 ; [1992] 3 Med. L.R. 342 ; [1992] Fam Law 67.

servi à la fois d'élément déclencheur et d'inspiration, à la réforme du droit de l'enfance en Angleterre, laquelle a abouti à l'adoption du *Children Act 1989*<sup>1</sup>.

**248.** Le contexte spécifique de l'affaire Gillick est relatif à l'accès des mineurs de moins de seize ans à la contraception. Toutefois, les réflexions des juges dans cette affaire ont été formulées en des termes suffisamment généraux pour que les principes posés s'appliquent non seulement pour l'ensemble des questions relatives au consentement médical exprimé par un mineur de moins de seize ans<sup>2</sup>, mais encore pour organiser de manière générale la relation entre les parents et l'enfant, et notamment l'exercice de la responsabilité parentale à l'égard de ce dernier<sup>3</sup>.

**249.** Le Ministère de la santé et de la sécurité sociale (*Department of Health and social security*) avait communiqué aux centres médicaux locaux des directives en matière de planning familial. La directive en cause comprenait notamment des recommandations qui visaient à répondre aux demandes de conseils ou de traitements émises par des mineurs, relatives à la contraception. Le Ministère avait à ce titre émis le souhait que les personnes qui reçoivent les mineurs pour ce type de consultation, tentent le plus tôt possible au cours de l'entretien, de convaincre ces derniers d'impliquer leurs parents, ou leur tuteur, notamment afin de ne pas ébranler la responsabilité parentale<sup>4</sup>. Toutefois, il est apparu au Ministère que « *la remise en cause du secret médical à l'égard des mineurs de moins de seize ans pouvait conduire certains d'entre eux à ne pas venir en consultation, ce qui les exposait au risque de contracter des maladies sexuellement transmissibles ou encore à des grossesses non désirées* »<sup>5</sup>. Par conséquent, la directive prévoyait qu'à titre exceptionnel, les

---

<sup>1</sup> L'influence de l'affaire Gillick sur cette loi est notamment visible à travers l'affirmation du caractère nécessaire de la prise en compte par les juges des souhaits et sentiments de l'enfant à la lumière de son âge et de son discernement. Voir *infra* n° 332 et s.

<sup>2</sup> La validité du consentement à l'acte médical exprimé par un mineur de plus de seize ans est organisée par la section 8 du *Family Law Reform Act 1969*, voir *supra* n° 172.

<sup>3</sup> Voir notamment M.D.A Freeman, « The trumping of parental rights », *Annual Survey of Family law* 1985 vol. 9, *Journal of Family law University of Louisville* 1986, p. 93. Voir également *infra* n° 255.

<sup>4</sup> La directive insistait notamment sur le fait que les conseils donnés en matière de contraception, sans le consentement des parents, devait revêtir un caractère exceptionnel, « *it would be most unusual to provide contraceptive advice to such children without parental consent* » *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 830.

<sup>5</sup> « *It went on to the state that to abandon the principle of confidentiality between doctor and patient in respect of children under 16 years might cause some not to seek professional advice at all, thus exposing them to risks such as pregnancy and sexually transmitted diseases...* », *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 830.

médecins, dans l'exercice de leur jugement clinique, pourraient décider de prescrire des contraceptifs aux mineurs de moins de seize ans à leur demande <sup>1</sup>.

Madame Gillick, mère de cinq filles de moins de seize ans, demanda au centre médical local la garantie de leur part, qu'aucun conseil en matière de contraception ou d'avortement, ni aucun contraceptif ne seraient prescrits à ses filles, sans qu'elle en soit informée et y consente. Le centre médical refusa de répondre favorablement à cette demande. Madame Gillick introduisit alors une instance afin, entre autres, de faire déclarer illégales les directives ministérielles, pour atteinte à l'exercice de sa responsabilité parentale. Les juges du fond rejetèrent la demande de Madame Gillick <sup>2</sup>. En appel, le juge fit droit à la demande de Madame Gillick <sup>3</sup>. Le Ministère de la santé et de la sécurité sociale saisit en dernier ressort la Chambre des Lords, laquelle dans sa décision, donne un éclairage nouveau sur la capacité des mineurs à exercer leurs droits. La question se posait notamment de savoir si un mineur de moins de seize ans disposait de la capacité juridique pour consentir valablement à un traitement contraceptif ou à un examen médical <sup>4</sup>. En réponse à cette question, il a été jugé « *qu'il n'existait pas de limites légales concernant l'âge des personnes auxquelles des contraceptifs pouvaient être délivrés ; qu'une jeune fille de moins de seize ans avait la capacité juridique de consentir à un traitement ou à un examen médical, y compris à un traitement contraceptif, dès lors qu'elle disposait de l'intelligence et de la maturité suffisante pour comprendre la nature et les implications du traitement qui lui était proposé* » <sup>5</sup>. Cette formulation assez vague qui renvoie à « *l'intelligence* » et à « *la maturité suffisante* » de l'enfant a été précisée par Lord Fraser of Tullybelton.

**250.** Dans l'arrêt Gillick, Lord Fraser a mis en évidence les éléments nécessaires à l'existence de cette capacité chez l'enfant, et a ainsi établi ce qui constitue depuis, le « *test de maturité Gillick* » (*Gillick competence test*). La réunion de ces différents éléments permet ainsi de déterminer si un enfant de moins de seize

---

<sup>1</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 830.

<sup>2</sup> [1984] QB. 581, décision du juge Woolf J.

<sup>3</sup> [1985] 2 WLR 413, décision des juges Everleigh, Fox et Parker L.JJ.

<sup>4</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1985] 3 WLR 830, opinion de Lord Fraser of Tullybelton, p. 837.

<sup>5</sup> « *There was no statutory limit on the age of the persons to whom contraceptives facilities might be supplied ; that a girl under the age of 16 years had the legal capacity to consent to medical examination and treatment, including contraceptive treatment, if she had sufficient maturity and intelligence to understand the nature and implication of the proposed treatment* », *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 831.

ans, dispose de l'intelligence et de la maturité suffisante pour se voir relever de son incapacité à consentir valablement à un traitement contraceptif, et *a fortiori* médical.

L'appréciation de cette capacité est ainsi confiée à l'interlocuteur de l'enfant, en l'occurrence aux médecins<sup>1</sup>. Lord Fraser a ainsi jugé que le traitement contraceptif pouvait en toute légalité être prescrit par le médecin, lorsqu'il se sera assuré « (1) que la jeune fille (bien qu'âgée de moins de seize ans) comprendra ses conseils ; (2) qu'il ne parviendra pas à la convaincre d'informer ses parents ou de le laisser informer ses parents de ses démarches ; (3) qu'il lui apparaît que la jeune fille entreprendra ou continuera très certainement d'avoir des relations sexuelles avec ou sans moyens de contraception ; (4) qu'à moins que d'être renseignée en la matière ou que des contraceptifs lui soient prescrits la santé mentale ou physique de la jeune fille risque d'être compromise ; (5) qu'il est de l'intérêt de la jeune fille qu'il lui prescrive des contraceptifs avec ou sans le consentement de ses parents »<sup>2</sup>.

La *British Medical Association* a par la suite complété, à l'attention des praticiens, le test de compétence ainsi établi par Lord Fraser. Ainsi, il a été retenu que la nature et la complexité de la décision à prendre, devait influencer le degré de maturité qui devait être attendu de l'enfant<sup>3</sup>. De manière générale, il est demandé aux médecins de prendre le temps nécessaire à cette appréciation et de recueillir des informations relatives aux antécédents de l'enfant<sup>4</sup>. La capacité de l'enfant, doué de la maturité Gillick, à consentir valablement à un traitement médical semble par ailleurs renforcée par l'incitation faite aux médecins de discuter directement avec l'enfant du traitement médical envisagé, et, si possible, hors la présence de ses parents<sup>5</sup>. L'idée étant ici d'éviter autant que possible de faire du traitement médical prodigué à l'enfant l'enjeu d'un conflit parental ou bien entre des personnes qui

---

<sup>1</sup> J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 124.

<sup>2</sup> « (1) that the girl (although under 16 years of age) will understand his advice ; (2) that he cannot persuade her to inform her parents or to allow him to inform the parents that she is seeking contraceptive advice ; (3) that she is very likely to begin or to continue having sexual intercourse with or without contraceptive treatment ; (4) that unless she receives contraceptive advice or treatment her physical or mental health or both are likely to suffer ; (5) that her best interests require him to give her contraceptive advice, treatment or both without the parental consent », *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 W.L.R. 830, opinion de Lord Fraser of Tullybelton p. 844.

<sup>3</sup> « The graver the impact of the decision, the commensurately graver the competence needed to make it », *British Medical Association, Consent, Rights and Choices in Health Care for Children and Young People* (2001 a) BMJ books p. 94. Pour plus de détails voir également le site [www.bma.org.uk](http://www.bma.org.uk)

<sup>4</sup> Voir sur ce point J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 124.

<sup>5</sup> J. Fortin, *op. cit.*, p. 124.

auraient une influence psychologique sur l'enfant. Il apparaît alors que l'appréciation de la compétence de l'enfant à consentir valablement à un traitement médical n'est pas très éloignée des directives données en la matière, quant à l'appréciation de cette même compétence chez les patients majeurs <sup>1</sup>. Aussi, les médecins sont-ils tenus de communiquer directement à l'enfant les éléments nécessaires à sa prise de décision <sup>2</sup>

La satisfaction au test de maturité Gillick relève la mineure de son incapacité et protège le médecin d'une action en responsabilité civile. Le test de compétence, mis en évidence dans le cadre de l'arrêt Gillick, a également trouvé à s'appliquer dans des domaines autres que celui très personnel de la contraception, et notamment lorsqu'il s'agit de permettre à l'enfant l'exercice d'un droit sous condition de maturité.

Pris dans une forme beaucoup plus générale, l'interlocuteur de l'enfant doit alors s'assurer que ce dernier comprend effectivement l'enjeu de ses démarches, qu'il est animé d'une volonté forte d'agir sans impliquer ses parents, et que l'acte envisagé va dans le sens de son intérêt. Si la maturité Gillick a pour effet de relever le mineur de son incapacité dans le domaine des actes de nature personnelle, afin de l'autoriser notamment à consentir valablement et de manière autonome à un traitement contraceptif, ou à un traitement médical, il ne faut toutefois pas oublier que ce test de compétence a également été appliqué dans un cadre beaucoup plus large afin notamment d'autoriser son intervention dans une instance le concernant <sup>3</sup>, ou encore afin de lui permettre, lorsqu'il a été pris en charge par les services sociaux, l'accès à son dossier personnel <sup>4</sup>.

**251.** L'existence de la maturité Gillick chez l'enfant ne l'autorise cependant pas à prendre des décisions qui consisteraient à refuser des soins ou un traitement médical. En effet, la jurisprudence postérieure à l'arrêt Gillick <sup>5</sup> est venue restreindre la parcelle d'autonomie accordée en matière médicale, au mineur, sur le fondement de sa maturité. En effet, postérieurement à l'arrêt Gillick, il a été établi que les parents conservent néanmoins, à l'état latent, le pouvoir d'autoriser un

---

<sup>1</sup> J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 124. Voir notamment l'arrêt *Re B (adult : refusal of medical treatment)* [2002] 2 All ER 449.

<sup>2</sup> British Medical Association, *Consent, Rights and Choices in Health Care for Children and Young People* (2001 a) BMJ books p. 100.

<sup>3</sup> Voir en ce sens M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 17-010, p. 503.

<sup>4</sup> Voir en ce sens S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *op. cit.*, para. 17-010, p. 503.

<sup>5</sup> Voir notamment l'affaire *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 592 ; [1992] Fam. 11 ; [1992] 1 FLR 190 ; [1992] 2 FCR 229 ; [1992] 3 Med. L.R. 342 ; [1992] Fam Law 67.

traitement ou une intervention médicale sur leur enfant mineur, doué de la maturité Gillick, dans l'hypothèse où celui-ci viendrait à le refuser<sup>1</sup>. Dans le domaine du consentement médical, le droit écossais a également donné au mineur de moins de seize ans une certaine autonomie, sous réserve pour lui, de remplir les conditions d'un test spécifique de maturité.

**252.** En **droit écossais**, en vertu de la section 2(4) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, le mineur de moins de seize ans peut valablement consentir à un traitement ou à une intervention médicale « *lorsqu'il dispose, aux yeux du médecin qui l'a pris en charge, du discernement lui permettant de comprendre la nature et les conséquences éventuelles d'un traitement ou d'une intervention* »<sup>2</sup>. Il appartient alors au médecin, et à lui seul, d'apprécier de manière tout à fait subjective l'existence d'une telle capacité chez l'enfant. Cette démarche vise également à le protéger d'actions en responsabilité qui seraient intentées à son encontre, par les titulaires des droits et devoirs parentaux<sup>3</sup>. Si le degré de maturité attendu de l'enfant apparaît devoir varier en fonction de la gravité du traitement médical envisagé<sup>4</sup>, il apparaît néanmoins, à l'instar de la marge d'appréciation laissée aux avocats en matière procédurale<sup>5</sup>, que celle du médecin en ce domaine, ne soit pas soumise au contrôle du juge.

La maturité de l'enfant permet de le relever de son incapacité à consentir valablement à un traitement médical. À la différence du droit anglais cependant, les titulaires des droits et devoirs parentaux ne semblent retenir aucun pouvoir concurrent avec l'enfant en ce domaine<sup>6</sup>. Le pouvoir parental ne disparaît toutefois

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur ce point voir *supra* n° 172.

<sup>2</sup> « *A person under the age of 16 years shall have legal capacity to consent to his own behalf to any surgical, medical or dental procedure or treatment where, in the opinion of a qualified medical practitioner attending him, he is capable of understanding the nature and possible consequences of the procedures or treatment* », section 2(4) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Le domaine couvert par cette disposition est très large et l'utilisation du terme « *procedure* » permet de couvrir le simple examen médical, mais également le don de sang, le traitement contraceptif ou encore des opérations de chirurgie esthétique. Voir en ce sens G. Jamieson éd. *Scottish family law legislation*, Edimbourg Sweet & Maxwell 2002 para. A.825.7.

<sup>3</sup> Voir en ce sens G. Jamieson éd., *Scottish family law legislation*, Edimbourg Sweet & Maxwell 2002 para. A.825.7.

<sup>4</sup> G. Jamieson éd., *op. cit.*, para. A.825.7.

<sup>5</sup> Voir *infra* n° 906 et s.

<sup>6</sup> À l'heure actuelle, les juridictions écossaises n'ont pas encore été saisies d'une question relative au refus de soin ou de traitement valablement exprimé par un mineur capable sur le fondement de la section 2(4) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Aussi, nous trouvons nous face à un vide, comblé néanmoins par les opinions doctrinales exprimées sur ce point, lesquelles semblent unanimes pour reconnaître à l'enfant mature une autonomie totale qui l'autorise à refuser

pas automatiquement, dans la mesure où celui-ci peut valablement être exprimé dans l'hypothèse où l'adolescent se trouverait dans l'impossibilité d'émettre une volonté. Cependant, en droit écossais, le consentement parental ne permettra en aucun cas de remettre en cause la volonté exprimée par le mineur de se soumettre à un traitement ou de le refuser <sup>1</sup>. Les procédures judiciaires mises à part <sup>2</sup>, en droit écossais, la maturité de l'enfant ne semble avoir d'effet émancipateur qu'au regard de l'accomplissement d'actes médicaux. À la différence du droit anglais, cette capacité sous condition de maturité, qui trouve son origine dans la loi et non dans la jurisprudence, ne permet pas d'apporter d'autres nuances à l'exercice des droits et devoirs parentaux sur l'enfant.

## 2. La consécration de l'autonomie progressive de l'enfant

**253.** Faire produire un effet émancipateur à la constatation de la maturité de l'enfant, permet de faire évoluer sa capacité juridique au mieux de son intérêt. En effet, si l'effet immédiat produit par l'acquisition de la majorité, au regard de l'acquisition de la capacité juridique, a l'immense mérite de la simplicité, celui-ci se révèle peu en phase avec l'évolution des sociétés modernes. En effet, il semblerait que la dépendance financière du jeune majeur à l'égard de ses parents soit allée de paire avec le développement des velléités des grands adolescents visant, au minimum, à participer à la prise de décision les concernant.

**254.** En **droit anglais**, l'affaire Gillick <sup>3</sup> a permis de repenser l'exercice par les parents de la responsabilité parentale sur les enfants matures, et par extension

---

valablement un traitement médical. Seule une décision du juge sur le fondement de ses pouvoirs tirés du *Nobile Officium* et de l'impératif de protection de l'enfant permettrait semble-t-il de remettre en cause cette capacité. Pour plus de détails sur ce point voir *supra* n° 175.

<sup>1</sup> Voir en ce sens G. Jamieson ed., *Scottish family law legislation*, Edimbourg Sweet & Maxwell 2002 para. A.825-7. Voir également *supra* n° 174.

<sup>2</sup> En vertu de la section 2(4A) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, le mineur de moins de seize ans dispose de la capacité d'instruire directement son avocat dès lors que celui-ci « dispose d'une faculté de compréhension générale des implications que cela entraîne ». Cette faculté est présumée à l'égard des mineurs de douze ans. La section 2(4B) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* poursuit en précisant que le mineur capable d'instruire directement un avocat « dispose également de la capacité d'agir et de défendre dans toutes les procédures judiciaires civiles ». Voir *infra* n° 901 et s.

<sup>3</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402, [1985] 3 WLR 830, [1986] 1 FLR 224. Pour plus de détails voir *supra* n° 255.

c'est l'incapacité du mineur qui a été redessinée par les juges. Ainsi, à la suite de cet arrêt, il apparaît très clairement en droit anglais, que « *dès lors que l'enfant dispose du discernement et de l'intelligence suffisant il dispose par conséquent de la capacité juridique et du droit d'accomplir des actes juridiques...* »<sup>1</sup>. L'exercice de la responsabilité parentale prend fin progressivement, mais de manière automatique, au fur et à mesure de l'acquisition par l'enfant de la capacité naturelle à exercer ses droits.

Dans l'arrêt Gillick, après avoir rappelé la nature de droit-fonction attachée à l'exercice la responsabilité parentale sur l'enfant<sup>2</sup>, les juges ont eu l'occasion de préciser que « *la capacité du mineur de prendre des décisions pour lui-même dépend des facultés de discernement et d'intelligence du mineur, et ne peut être déterminée par référence à un âge judiciairement fixé* »<sup>3</sup>. Ainsi, dans la droite ligne de la jurisprudence tirée de l'arrêt *Hewer v. Bryant*<sup>4</sup>, il est établi que la responsabilité parentale « *commence comme un droit de contrôle et se termine en à peine plus qu'un pouvoir de conseil* »<sup>5</sup>. Aussi, en vertu de la formule de principe posée par Lord Scarman dans l'arrêt Gillick, « *les pouvoirs parentaux cèdent la place au droit de l'enfant de prendre ses propres décisions, lorsque ce dernier atteint un degré d'intelligence et de maturité suffisant pour être matériellement capable de se faire sa propre opinion* »<sup>6</sup>. La jurisprudence Gillick a donc vocation à régir l'ensemble des questions relatives à l'exercice de la responsabilité parentale sur l'enfant, dans la mesure où les juges n'ont pas entendu limiter leur propos au domaine spécifique de la contraception et du consentement à l'acte médical.

**255.** Ainsi, en droit anglais, la maturité de l'enfant le relève à titre général de son incapacité juridique à agir. L'ensemble du domaine de l'exercice de la

---

<sup>1</sup> « *Once the child has the requisite understanding and intelligence he has the legal capacity and the right to enter into legal relationships...* », H. K. Bevan, *Child law*, Londres Butterwoths 1989, para. 1.16, p. 13.

<sup>2</sup> « *parental rights to control a child do not exist for the benefit of the parent. They exist for the benefit of the child and they are justified only in so far they enable the parent to perform his duties towards the child* », *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 830, p. 841 opinion de Lord Fraser of Tullybelton.

<sup>3</sup> « *A minor's capacity to make his or her own decision depends upon the minor having sufficient understanding and intelligence to make the decision and is not to be determined by reference to any judicially fixed age limit* », *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 830, p. 857 opinion de Lord Scarman.

<sup>4</sup> [1970] 1 QB 357.

<sup>5</sup> « *It starts with a right of control and ends with little more than advice* », *Hewer v. Bryant* [1970] 1 QB 357, p. 369, opinion de Lord Denning MR.

<sup>6</sup> « *Parental right yields to the child's right to make his own decisions when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision* », *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 830, p. 855 opinion de Lord Scarman.

responsabilité parentale se trouve par conséquent limité, au fur et à mesure de l'acquisition par l'enfant de facultés de discernement lui permettant de prendre des décisions pour son compte. Deux limites apparaissent cependant pouvoir être mises en évidence.

En premier lieu, des limites légales. En effet, la maturité du mineur ne lui permet pas de faire échec aux limites légales posées à l'exercice de sa capacité <sup>1</sup>.

En second lieu, la maturité de l'enfant ne saurait l'autoriser à mettre sa personne ou sa santé en danger. En effet, à la suite de l'arrêt Gillick, deux arrêts sont venus restreindre l'effet émancipateur de la maturité Gillick, dans le domaine spécifique du consentement à l'acte médical <sup>2</sup>. Dans l'affaire *Re R* <sup>3</sup> il a été jugé « *qu'un enfant qui dispose de la maturité Gillick peut consentir à un traitement médical, mais que s'il refuse de le faire, ce consentement peut être valablement donné par une personne exerçant la responsabilité parentale à son égard* » <sup>4</sup>. Cet arrêt, qui est apparu aux yeux d'une grande partie de la doctrine comme un retour en arrière par rapport à la jurisprudence Gillick <sup>5</sup>, ne peut cependant avoir la force d'un revirement. Certes, le jeu de la maturité Gillick a été limité, néanmoins l'impact de cette décision et la mise en œuvre des principes ainsi posés pour des cas, aux conséquences humaines moins dramatiques, n'a jamais été remise en cause depuis. Il nous faut rappeler à ce titre, que les juges anglais disposent de pouvoirs importants lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de l'enfant <sup>6</sup>.

L'acquisition progressive par l'enfant de la capacité juridique, à mesure du développement de sa maturité, telle qu'elle a été consacrée par l'arrêt Gillick, reflète une approche tout à fait spécifique de la notion d'incapacité propre au droit anglais. Hormis, les limites légales posées à l'exercice de cette capacité, celle-ci n'apparaît

---

<sup>1</sup> Nous pensons notamment par exemple aux dispositions de la section 1 du *Tattooing of Minors Act 1969* qui interdit la réalisation de tatouage sur des personnes mineures, quelles que soient sa maturité et sa compréhension des implications d'une telle démarche.

<sup>2</sup> *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 592 ; [1992] Fam. 11 ; [1992] 1 FLR 190 ; [1992] 2 FCR 229 ; [1992] 3 Med. LR 342 ; [1992] Fam Law 67. *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 64 ; [1992] 3 WLR 758 ; [1992] 4 All ER 627 ; [1992] 3 Med. LR 317 ; (1992) 142 NLJ 1124. Pour plus de détails voir *supra* n°172.

<sup>3</sup> *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 592 ; [1992] Fam. 11 ; [1992] 1 FLR 190 ; [1992] 2 FCR 229 ; [1992] 3 Med. LR 342 ; [1992] Fam Law 67. Pour une étude plus détaillée de cet arrêt, voir *supra* n° 172.

<sup>4</sup> « *A Gillick competent child can consent to treatment, but if he or she decline to do so or refuses, consent can be given by someone else who has parental rights or responsibilities* », opinion de Lord Donaldson of Lynton MR dans *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 601.

<sup>5</sup> Voir notamment G. Douglas, « The retreat from Gillick » [1992] 55 MLR 569 ; A. Bainham, « The judge and the competent minor » [1992] 108 LQR 194.

<sup>6</sup> Sur l'exercice par les juges de leurs pouvoirs propres et discrétionnaires (*inherent jurisdiction*) et sur la tutelle judiciaire (*wardship*), voir *supra* n°50 et s.

jamais restreinte *a priori*. La protection du mineur sera garantie par une action et des mécanismes juridiques qui s'exerceront *a posteriori*<sup>1</sup>. Il nous apparaît alors que le droit anglais retienne le postulat selon lequel si un enfant a accompli un acte juridique, c'est qu'il disposait, *a priori*, de la capacité naturelle à l'accomplir ; aussi son action n'est-elle pas entravée. La reconnaissance d'une capacité progressive de l'enfant, par l'effet émancipateur attaché au discernement, a également été consacré en droit français.

**256.** En **droit français**, le recours à la notion de discernement comme facteur relevant le mineur de son incapacité générale, se trouve très limité. À la différence des droits anglais et écossais, son appréciation est confiée au juge, et à lui seul, lequel ne s'est vu confié aucun guide pour sa détermination.

La notion de discernement n'est envisagée en droit français, que sous l'angle de son caractère subjectif. En effet, cette maturité varie selon les particularités de la personne chez laquelle on la recherche, mais aussi selon le caractère de la personne qui est chargée de l'apprécier. Toutefois, se limiter à cette approche subjective nous conduit à oublier que des éléments objectifs de détermination peuvent néanmoins être posés, à l'instar des tests de compétence spécifiques qui sont utilisés dans les droits anglais et écossais, tant pour l'appréciation de la maturité de l'enfant<sup>2</sup> que pour la détermination de son bien-être et de son intérêt<sup>3</sup>.

**257.** Les définitions qui sont données de la notion de discernement ne sont pas strictement juridiques. Dans le langage courant, le discernement est « *une disposition de l'esprit à juger clairement et sagement les choses* »<sup>4</sup>. Selon le dictionnaire de Littré, d'après Monsieur le professeur Hauser, « *le discernement c'est d'abord la distinction du bien et du mal* »<sup>5</sup>. Une notion plus philosophique du discernement se rapporte à « *la faculté de distinguer à juste titre entre des faits et des idées. Le discernement est le bon sens et l'intelligence qui apprécient les choses qui en démêlent les rapports* »<sup>6</sup>. Nous pouvons légitimement nous demander si le droit va aussi loin dans ses

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 283.

<sup>2</sup> Voir *supra* n° 248.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 457.

<sup>4</sup> Le Robert, *Dictionnaire de la langue française*.

<sup>5</sup> J. Hauser, « Du discernement ou une famille réduite à la procédure ? », *Petites Affiches* 28 avril 1999 n° 84, p. 11.

<sup>6</sup> Définition donnée par l'*Encyclopédie philosophique universelle*.

exigences lorsqu'il applique la notion de discernement au mineur, et en douter lorsque bon nombre de sujets majeurs semblent dépourvus de telles qualités.

La définition donnée par Monsieur Boyer nous semble préciser avec assez de justesse ce qu'il peut être raisonnablement attendu d'un enfant, quant à ses facultés de discernement. Pour Monsieur Boyer, le discernement « *signifie l'esprit critique et la connaissance par l'enfant de certaines valeurs (du « bien et du mal », n'ayons plus peur des mots) aussi bien que celle de son intérêt bien compris* »<sup>1</sup>. Ainsi, la faculté de l'enfant à distinguer entre le bien et le mal semble donc impérative pour qu'il soit reconnu comme doué de discernement. Il faut par ailleurs que l'enfant dispose de capacités intellectuelles suffisantes pour connaître son intérêt. Il semble qu'il faille entendre par la notion d'« *intérêt bien compris* », que l'enfant soit capable de ne plus agir par simple volonté, mais d'évaluer la situation et de décider ce qui est bon et raisonnable pour lui. Comme l'avait mis en évidence le doyen Carbonnier, il nous semble que le discernement « *ne peut être établi une fois pour toutes, dans une personne déterminée, mais qu'il peut, dans une même personne, se retrouver ou non, suivant la nature de l'action considérée* »<sup>2</sup>. La principale difficulté réside alors dans le fait que « *la règle est que le discernement n'a pas d'âge* »<sup>3</sup>.

**258.** La difficulté de cerner l'étendue de la notion de discernement, explique le très grand flou qui existe en jurisprudence lorsqu'il est question de l'appliquer. Dans un arrêt du 21 novembre 1995<sup>4</sup>, la Cour de Cassation a confié aux juges du fond la tâche de vérifier que le mineur dispose d'un discernement suffisant pour exercer les prérogatives dont il est titulaire. Nous verrons plus tard que ces prérogatives sont relativement limitées. La question du discernement est donc une question de fait, relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges.

Dans une circulaire du 3 mars 1993<sup>5</sup>, certains éléments objectifs d'appréciation de la capacité de discernement chez l'enfant ont néanmoins été fournis aux juges. Cette circulaire dispose en effet, qu'il « *appartient au juge de*

---

<sup>1</sup> A. Boyer, « De l'enfant de l'autonomie et de quelques règles. Autour des articles 12 à 15 de la Convention internationale des droits de l'enfant », *Esprit* mai 1994, p. 126.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Droit civil 1/les personnes personnalité, incapacités, personnes morales*, coll. Thémis, PUF, 18<sup>e</sup> éd. 1992, p. 255.

<sup>3</sup> J. Carbonnier, *Droit civil 2/La famille L'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. refondue PUF, coll. Thémis, 2002, p. 132.

<sup>4</sup> Cass. civ. 1<sup>e</sup> 21 novembre 1995, *Bull. civ.*, I, n° 418 ; *D.* 1996, jur., p. 420, note A. Gouttenoire.

<sup>5</sup> Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, (JO 24 mars 1993), *J.C.P. G* 1993, III, 66093.

*prendre en compte les différents éléments que comporte ce critère tel que l'âge, la maturité, et le degré de compréhension pour apprécier dans chaque cas dont il est saisi, si le mineur concerné répond à l'exigence légale* ». Si la notion de discernement n'est pas directement liée à l'âge, elle n'en est pas pour autant très éloignée. S'il n'existe pas d'âge certain à partir duquel chaque enfant pourra être considéré comme étant capable de discernement, il est évident qu'un enfant pour bénéficier de cette faculté, doit pouvoir s'exprimer et se faire comprendre d'un auditoire. Cette faculté est donc exclue pour un bébé ou en enfant en bas âge. En revanche, cette faculté ne peut être écartée pour un grand adolescent disposant de facultés mentales normales. Nous ne pouvons que constater que le sort de tous les autres enfants est incertain et cette faculté de discernement leur sera reconnue ou non par les juges, au cas par cas en fonction des circonstances de la cause <sup>1</sup>.

L'incohérence du droit français dans son recours à la notion de discernement apparaît avec évidence lorsqu'il s'agit d'apprécier les principes applicables en droit des obligations, et notamment dans le cadre des actions en responsabilité civile. Avec les arrêts rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, en date du 9 mai 1984 <sup>2</sup>, les enfants sont civilement responsables des dommages qu'ils causent à des tiers <sup>3</sup> ou s'ils sont victimes peuvent voir leur fait causal retenu à leur rencontre, sans qu'il soit nécessaire pour les juges du fond de vérifier s'ils étaient capables au moment des faits de discerner les conséquences de leurs actes. Si le droit de la responsabilité civile gagne en efficacité à l'application de telles dispositions <sup>4</sup>, une fois cette solution placée dans un contexte plus général, il apparaît plus qu'incohérent que l'absence de discernement ne fasse pas obstacle à la création d'obligations sur la personne de l'enfant, alors que cette même faculté,

---

<sup>1</sup> Pour une même catégorie d'actes, la faculté de discernement a été trouvée à des âges différents par les juges : la signification à domicile d'un jugement avec remise de la copie à un mineur fut reconnue valablement faite à un mineur de dix ans (Cass. crim. 19 décembre 1956, *D.* 1957, jur., p. 93), à un mineur de douze ans (Cass. civ. 2<sup>e</sup> 21 juin 1995, *D.* 1996, somm., p. 242), à un mineur de treize ans (CA Paris 27 février 1953, *D.* 1953, jur., p. 328), enfin à un mineur de quatorze ans (CA Paris 29 janvier 1991, cité au *J-Cl. Procédure civile*, fasc. 141).

<sup>2</sup> Arrêts Gabillet et Fullenwarth, Cass. ass. plén., 9 mai 1984, *J.C.P. G* 1984, II, 20255, note Dejean de la Bâtie. Arrêts Derguini et Lemaire, Cass. ass. plén., 9 mai 1984, *J.C.P. G* 1984, II, 20256, note Jourdain.

<sup>3</sup> Par le jeu de l'article 1384 al. 4 du Code civil, la responsabilité des parents du fait de l'enfant sera alors automatiquement engagée. Pour une étude actuelle de la responsabilité des parents du fait de leur enfant voir le rapport français par L. Francoz-Terminal, F. Lafay, O. Moréteau et C. Pellerin-Rugliano in M. Martín-Casals (ed.), *Children in Tort Law Part I : Children as a tortfeasor*, ESR ETL Tort and Insurance Law vol. 17, Springer 2006, pp. 166 et s.

<sup>4</sup> Voir la comparaison des différents mécanismes juridiques applicables en cette matière M. Martín-Casals (ed.), *Children in Tort Law Part I : Children as a tortfeasor*, ESR ETL Tort and Insurance Law vol. 17, Springer 2006.

existante et reconnue, reste insuffisante en elle-même, pour permettre à l'enfant l'exercice de droits dont il est titulaire.

**259.** À la différence du droit anglais, qui fait produire à la maturité de l'enfant un effet émancipateur, le discernement en droit français ne relève pas le mineur de son incapacité d'exercice. Tout au plus cette faculté l'autorise à être associé aux décisions qui le concernent, qu'elles soient de nature extra-judiciaire ou judiciaire. En effet, l'existence chez l'enfant de faculté de discernement lui permettra notamment d'être associé aux décisions qui touchent à son individualité, à sa santé ou à son intégrité physique, dans le cadre du régime d'assistance et d'autorisation <sup>1</sup>. Le discernement ne relève pas l'enfant de son incapacité d'exercice, mais l'autorise à participer à la prise de décision le concernant. À ce titre, l'enfant discernant dispose également du droit de demander la convocation du conseil de famille <sup>2</sup>. Ici encore, il ne s'agira pour lui que de donner l'impulsion à une décision qui sera prise par le conseil de famille, auquel il pourra cependant participer, si le juge ne l'estime pas contraire à son intérêt <sup>3</sup>. Toutefois, aucune autonomie d'action ne lui est conférée sur le fondement de cette capacité naturelle à prendre des décisions pour lui-même. Par ailleurs, l'enfant discernant se voit reconnaître un certain nombre de droits procéduraux, et notamment celui d'être entendu par le juge dans le cadre de procédures judiciaires le concernant <sup>4</sup>.

L'utilisation du critère du discernement en droit français permet d'accompagner l'enfant vers la capacité pleine et entière qui sera acquise à la majorité, sans faire peser sur lui la responsabilité des décisions qui seront prises pendant sa minorité. L'enfant discernant acquiert ainsi le pouvoir de contrôler dans une certaine mesure l'action de son représentant <sup>5</sup>, sans que cette faculté ne soit véritablement un facteur émancipateur, à la différence de l'usage ou encore des prémajorités.

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 135 et s.

<sup>2</sup> Art. 410 al. 2 du Code civil.

<sup>3</sup> Art. 415 al. 3 du Code civil.

<sup>4</sup> Pour plus de détails voir *infra* n° 394.

<sup>5</sup> Sur ce point voir *supra* n° 134 et s.

## Section 2. L'anticipation de la majorité

**260.** L'accession progressive à la capacité, au fur et à mesure du développement de la maturité de l'enfant, semble être la solution qui concilie de la manière la plus efficace la protection de l'intérêt de l'enfant et son autonomie. Toutefois, ce n'est pas un mécanisme simple à mettre en œuvre, notamment vis-à-vis des interlocuteurs de l'enfant. Ainsi, les trois systèmes étudiés se sont également tournés vers la technique de l'anticipation de la majorité afin de donner à l'adolescent une certaine autonomie d'action. Il apparaît alors que la capacité juridique peut être conférée à l'enfant de manière progressive, au moyen de seuils d'âges successifs (§1), mais celle-ci peut aussi lui être dévolue entièrement, par anticipation (§2).

### *§ 1. Les capacités civiles anticipées*

**261.** Dans les trois systèmes étudiés, l'âge de la majorité a été fixé à dix-huit ans par le législateur (A). Toute personne devient, à compter de cet âge, pleinement capable d'accomplir tous les actes de la vie civile, sauf à être placé sous un régime de protection spécifique ou à acquérir cette capacité par anticipation. En effet, il apparaît que chacun des trois systèmes a organisé un accès anticipé du mineur à la capacité par le jeu de seuils d'âge lui permettant ainsi d'accéder à des sphères spécifiques d'autonomie (B).

#### A. L'âge de la majorité

**262.** En **droit français**, l'âge de la majorité, qui donne accès à la capacité civile, a été fixé en référence à « *une capacité naturelle moyenne* »<sup>1</sup>. Chaque personne tire de sa propre histoire une maturité intellectuelle qui s'avère variable d'un

---

<sup>1</sup> G. Cornu, « L'âge civil », *Mélanges Paul Roubier* 1961, t. 2, p. 16.

individu à l'autre. Pour des raisons évidentes, « *il faut pourtant un terme moyen et une loi pour tous* »<sup>1</sup>. En France, au moins depuis 1792, l'âge de la majorité était fixé à vingt-et-un ans<sup>2</sup>. Un âge symbolique, issu de « *l'exact triplement du nombre sacré (7,14 et 21)* », auquel était attachée, à l'origine, « *une présomption de sagesse croissante* »<sup>3</sup>. La loi du 5 juillet 1974 a abaissé l'âge de la majorité à dix-huit ans accomplis<sup>4</sup>. Il est en effet apparu au législateur nécessaire de prendre en considération le fait que « *les jeunes sont aujourd'hui plus précoces qu'ils ne l'étaient autrefois* »<sup>5</sup>. L'idée force était de faire coïncider, au mieux, la capacité juridique d'une personne avec sa capacité naturelle à la mettre en œuvre. Si le droit français a fait le choix d'organiser la vie juridique autour de deux phases et de consacrer une rupture brutale entre la minorité et la majorité, entre incapacité et pleine capacité, il nous apparaît cependant avec évidence qu'« *à contempler l'évolution progressive qui caractérise le développement naturel de la vie humaine, il est à peine concevable que la vie juridique ne compte que deux états* »<sup>6</sup>.

Le fait que des personnes juridiquement capables, en raison de leur âge, ne disposent pas de la capacité naturelle à accomplir les actes civils qui leur sont ouverts, a été organisé par le droit français. En effet, le Code civil prévoit la mise en place de régimes de protection spécifiques au profit des incapables majeurs<sup>7</sup>. Par ailleurs, la capacité juridique peut être acquise de manière quasi complète par anticipation, lorsque le mineur est émancipé<sup>8</sup>. Enfin, la protection qui a pu être accordée par l'État à un mineur ne prend pas automatiquement fin à sa majorité. En effet, un régime de protection judiciaire subsiste, en faveur des jeunes majeurs ou des mineurs émancipés « *éprouvant de graves difficultés d'insertion sociale* »<sup>9</sup>, jusqu'à l'âge de vingt-et-un ans. Par ces dispositions, le droit français entend gommer les conséquences les plus dures de l'effet couperet de la majorité.

---

<sup>1</sup> G. Cornu, art. préc., p. 16.

<sup>2</sup> La loi du 20 septembre 1792 avait fixé à vingt-et-un an l'âge de la majorité, seuil repris par le Code civil de 1804. Voir sur ce point G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil. Les personnes*, 3<sup>e</sup> éd. Sirey 1976, n° 512, p. 637.

<sup>3</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2<sup>e</sup> éd. Paris 1995, p. 121.

<sup>4</sup> Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité. Voir également l'article 488 du Code civil.

<sup>5</sup> J. Massip, *Les incapacités [Étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 385, p. 297.

<sup>6</sup> G. Cornu, « L'âge civil », *Mélanges Paul Roubier* 1961, t. 2, p. 9.

<sup>7</sup> Art. 488 et s. du Code civil.

<sup>8</sup> Articles 476 et s. du Code civil. Pour plus de détails voir *infra* n° 277.

<sup>9</sup> Art. 1<sup>er</sup> du Décret n° 75-96 du 18 février 1975 fixant les modalités de mise en œuvre d'une action de protection judiciaire en faveur des jeunes majeurs.

**263.** En **droit anglais**, l'âge de la majorité est historiquement tiré de l'âge à compter duquel le jeune homme pouvait entrer en chevalerie <sup>1</sup>. Si cet âge a évolué, notamment afin de prendre en compte les réalités physiologiques nécessaires à l'exercice de la qualité de chevalier <sup>2</sup>, cet âge a été fixé de manière définitive à vingt-et-un ans, à compter de la période du *Magna Carta* <sup>3</sup>. Avec l'adoption du *Family Law Reform Act 1969*, l'âge de la majorité a été abaissée à dix-huit ans <sup>4</sup>. Tout comme au législateur français quelques années plus tard, il est apparu à la *law commission* anglaise, que la maturité plus précoce des jeunes de cet âge devait être prise en compte par le droit <sup>5</sup>, et qu'il était devenu nécessaire de leur reconnaître une plus grande liberté d'action, par l'abaissement de l'âge de la capacité juridique.

**264.** Toutefois, comme en droit français, l'effet couperet de la majorité a été aménagé en faveur des mineurs de seize à dix-huit ans pris en charge par les services sociaux. En effet, à défaut d'être matériellement pris en charge, les jeunes majeurs peuvent continuer de bénéficier du soutien et des conseils prodigués par les services sociaux, jusqu'à l'âge de vingt-et-un ans <sup>6</sup>, s'ils apparaissent être dans le besoin d'une telle assistance <sup>7</sup>. Si la capacité civile en droit anglais apparaît, comme en droit français, organisée en deux phases successives, il ne faut pas oublier que ce système fait prévaloir la capacité naturelle d'une personne à accomplir un acte juridique, sur les considérations mathématiques liées à son âge. Aussi, en plus de l'existence des sphères de capacités anticipées, la capacité juridique du mineur en droit anglais, est déterminée par sa maturité personnelle et par sa capacité naturelle à l'exercer <sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> « *So it was that the knightly age of majority gradually came to apply to everyone* », *Report of the Committee on the age of majority*, Cmnd 3342, HMSO 1967, para. 42.

<sup>2</sup> « *By the time of Magna Carta the age of those holding in knight service had been raised to 21, and there is strong authority for the view that this was directly linked with the ability to hold up a heavy suit of armour and lift a lance or sword at the same time* », *Report of the Committee on the age of majority*, Cmnd 3342, HMSO 1967, para. 38.

<sup>3</sup> *Report of the Committee on the age of majority*, Cmnd 3342, HMSO 1967, para. 38.

<sup>4</sup> Section 1 du *Family Law Reform Act 1969*.

<sup>5</sup> « *The age of 18 seems to us the most suitable because – (1) There is undeniably a great increase in maturity toward that age. (2) The vast majority of young people are in fact running their own lives, making their own decision and behaving as responsible adults by the time they are 18...* », *Report of the Committee on the age of majority*, Cmnd 3342, HMSO 1967, para. 125. Voir également para. 74.

<sup>6</sup> Section 24(2) du *Children Act 1989*.

<sup>7</sup> « *The condition are that (a) it appears to the authority that the person concerned is in need of advice and being befriended* », section 24(5)(a) du *Children Act 1989*.

<sup>8</sup> Voir *supra* n° 254 et s.

**265.** En **droit écossais**, l'âge de la majorité est fixé, depuis 1969, à l'âge de dix-huit ans <sup>1</sup>. Le droit écossais a opté pour ce seuil d'âge en raison du fait qu'il coïncidait avec celui auquel l'institution de *curatory* prenait fin, faisant alors accéder le *minor* à la pleine capacité juridique <sup>2</sup>. Depuis 1991, avec l'adoption du *Age of Legal capacity (Scotland) Act 1991*, qui consacre la pleine capacité juridique du mineur à compter de l'âge de seize ans <sup>3</sup>, l'âge de la majorité ne coïncide plus, en droit écossais, avec l'âge de la capacité juridique. Ainsi, le mineur écossais devient juridiquement capable avant de devenir majeur. L'intérêt de conserver le seuil d'âge de la majorité à dix-huit ans réside dans le maintien d'une protection accrue du mineur, dans l'exercice de son activité juridique, entre seize et dix-huit ans. En effet, les transactions passées par le mineur capable pourront être remises en cause sur des fondements spécifiques qui ne sont pas ouverts aux majeurs <sup>4</sup>. Le droit écossais entend ainsi faire accéder le grand adolescent à la vie juridique tout en maintenant des garde-fous. Ce système a ainsi créé une zone tampon entre incapacité et pleine capacité, une période d'apprentissage en somme, pendant laquelle l'autonomie d'action du mineur est garantie et sa protection maintenue, laquelle s'exercera *a posteriori*. L'accession du mineur écossais à la capacité juridique à compter de l'âge de seize ans, n'a cependant pas fait disparaître l'utilisation par ce système de capacités civiles anticipées.

## B. Les capacités acquises en raison de l'âge

**266.** Deux procédés sont envisageables pour ouvrir à une personne une sphère de capacité. Le premier consiste à déterminer, pour chaque individu, l'âge à partir duquel il a acquis suffisamment de sagesse pour être considéré comme juridiquement capable. Cette approche qualitative semble difficile à mettre en œuvre en pratique, et pour certains auteurs sources de difficultés et d'arbitraire <sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Section 1 du *Age of Majority (Scotland) Act 1969*.

<sup>2</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 7-06, p. 209.

<sup>3</sup> Pour plus de détails voir *infra* n° 274.

<sup>4</sup> Pour plus de détails voir *infra* n° 283.

<sup>5</sup> F. Gisser, « Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation: la pré-majorité », *J.C.P. G* 1984, I, 3142, faisant référence en note (1) à F. Génay et R. von Ihéring lesquels « préconisent de préférer le quantitatif au qualitatif, afin d'éviter notamment les controverses et l'arbitraire du juge ».

Le second procédé consiste « à rechercher statistiquement à partir de quel âge, la majeure partie des mineurs sont capables »<sup>1</sup>. Tous les mineurs qui atteignent cet âge sont ainsi réputés objectivement capables, sans que leur capacité naturelle à accomplir les actes qui leurs sont ainsi ouverts soit prise en considération. Au terme de « pré-majorités », souvent utilisé pour définir ce système, nous préférons ceux de « capacités civiles anticipées » ou de « pré-capacités »<sup>2</sup>. Ces formules nous permettent en effet, de les distinguer clairement des pré-majorités véritables que constituent l'émancipation en droit français et la pré-majorité automatique en droit écossais<sup>3</sup>.

**267.** Différents seuils d'âge se distinguent dans les trois systèmes étudiés<sup>4</sup>, toutefois une certaine uniformité en ressort. En effet, dans chacun des systèmes, les différentes capacités anticipées accordées par le droit au mineur ont principalement vocation à lui permettre d'organiser son mode de vie et à acquérir une certaine indépendance dans l'accomplissement des actes qui engagent sa personne.

**268.** Dans chacun des systèmes étudiés la période de scolarité obligatoire prend fin à l'âge de seize ans<sup>5</sup>, autorisant ainsi le mineur, à compter de cet âge, à entrer de plain pied dans la vie active. Il acquiert corrélativement les droits syndicaux attachés à l'exercice d'une activité professionnelle<sup>6</sup>. Cependant, la capacité de travailler de manière occasionnelle est offerte au mineur avant seize ans, dans des conditions spécifiques et notamment en dehors des périodes scolaires<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> F. Gisser, Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation: la pré-majorité », *J.C.P. G* 1984, I, 3142, n° 2.

<sup>2</sup> Le terme de « pré-capacité » a déjà été utilisé par le professeur Hauser pour définir les exceptions à l'incapacité tirées de l'existence de seuils d'âge. Voir J. Hauser, « Droits de l'enfant, état des lieux », *JDJ* octobre 2001, p. 17.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 267 et s.

<sup>4</sup> Pour une étude plus exhaustive des différents seuils d'âge qui peuvent être mis en évidence dans chacun des trois systèmes étudiés voir notamment pour le droit français, G. Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec 1995, p. 254. Pour le droit anglais, C. Hamilton et A. Fiddy, *At what age can I ? A guide to age-based legislation*, Children's Legal Centre Legal Guide October 2001. Pour le droit écossais, The Scottish Alliance for Children's Rights, *At what age can I ?*, 2002, disponible en ligne sur le site [www.sacr.org.uk](http://www.sacr.org.uk)

<sup>5</sup> Art. L. 131-1 du Code de l'éducation ; section 8(3) du *Education Act 1996* ; section 31 du *Education (Scotland) Act 1980*.

<sup>6</sup> En droit français notamment, s'il a travaillé pendant au moins trois mois dans une même entreprise, il peut participer aux élections (en tant qu'électeur) du comité d'entreprise et des délégués du personnel en vertu des articles L. 423-7 et L. 433-4 du Code du travail.

<sup>7</sup> En droit anglais et en droit français, à compter de l'âge de quatorze ans, en vertu de la section 18 du *Children and Young Persons Act 1933*, et de l'article L. 211-1 du Code du travail. En

Sous certaines conditions, un engagement militaire peut également être souscrit par le mineur avant la majorité <sup>1</sup>.

En droit français, le mineur de seize ans placé sous tutelle, acquiert le droit de convoquer le conseil de famille et d'y prendre part <sup>2</sup>.

Certains permis de conduire ou de voler lui sont également ouverts par anticipation <sup>3</sup>.

L'accès à certaines substances nocives pour la santé, telles que le tabac ou l'alcool, est également autorisé au mineur sur des considérations liées à son âge <sup>4</sup>, tout comme l'est celui à certains films et vidéos <sup>5</sup>.

De manière anticipée, il est également possible au mineur d'acquérir une certaine autonomie pour tout ce qui touche à son argent. En effet, en droit français,

---

droit écossais, la possibilité de travailler de manière ponctuelle est également ouverte au mineur à compter de l'âge de quatorze ans, en vertu de la section 28(1)(a) du *Children and Young persons (Scotland) Act 1937*, toutefois dans certaines circonstances, et notamment lorsque l'employeur est un proche, l'emploi de l'enfant est autorisé à compter de l'âge de treize ans, en vertu des dispositions du *The Children (Protection at Work) Regulation 1998, SI 1998 No 2761*.

<sup>1</sup> En droit anglais, un engagement militaire de quatre ans peut être souscrit par le mineur de seize ans avec l'accord de ses parents. La possibilité de le résilier lui est cependant offerte durant les six premiers mois de son service, voir notamment C. Hamilton et A. Fiddy, *At what age can I? A guide to age-based legislation*, Children's Legal Centre Legal Guide October 2001. En droit français en vertu du 4° de l'article 20 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires : « nul ne peut être militaire s'il n'est âgé de dix-sept ans au moins ou de seize ans pour recevoir une formation générale et professionnelle en qualité de volontaire dans les armées ou en qualité d'engagé dans une école militaire. Le mineur non émancipé doit être pourvu du consentement de son représentant légal ». Pour plus de détails sur cette question voir notamment le rapport de la France au Comité des droits de l'enfant présentant les mesures prises afin de donner effet aux dispositions du Protocole facultatif à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés :

[www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.C.OPAC.FRA.1\\_fr/pdf](http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.C.OPAC.FRA.1_fr/pdf)

<sup>2</sup> Art. 410 al. 2 et 415 al. 3 du Code civil.

<sup>3</sup> En droit anglais et en droit écossais, la capacité de passer tous les permis de conduire concernant des véhicules terrestres à moteur pouvant transporter moins de huit personnes, ainsi que les avions est ouverte à dix-sept ans. Pour le droit anglais voir la section 101 du *Road Traffic Act 1988*, et du schedule 8 du *Air Navigation Order 2000*, pour le droit écossais voir The Scottish Alliance for Children's Rights, *At what age can I ?*, 2002, disponible en ligne sur le site [www.sacr.org.uk](http://www.sacr.org.uk). En droit français en vertu de l'article R. 211-2 du Code de la route, la capacité de conduire un cyclomoteur est ouverte sans permis à compter de l'âge de quatorze ans pour les titulaires du brevet de sécurité routière.

<sup>4</sup> Le droit d'acheter des cigarettes est ouvert au mineur à compter de l'âge de seize ans en droit anglais, en vertu de la section 7 du *Children and Young Person Act 1933*. Cette capacité est acquise au même âge en droit écossais et ainsi qu'en droit français en vertu de l'article L. 3511-2-1 du Code de la santé publique. Dans les débits de boissons et les lieux publics, la vente et l'offre d'alcool est interdite aux mineurs de moins de seize ans en droit français, en vertu de l'article L. 3342-1 du Code de la santé publique. À l'égard des mineurs de plus de seize ans la consommation de boissons fermentées est autorisée dans les lieux publics en vertu de l'article L. 3342-2 du Code de la santé publique. Voir également pour la répartition par groupe des boissons l'article L. 3321-1 du Code de la santé publique ; seules les boissons du premier et du deuxième groupe sont accessibles aux mineurs dans les lieux publics. En droit anglais, l'achat et la consommation de certaines boissons fermentées est autorisée au mineur de plus de seize ans dans les lieux publics lorsqu'elle accompagne la prise d'un repas, en vertu de la section 169D du *Licensing Act 1964*.

<sup>5</sup> Pour plus de détails sur la classification des films en droit anglais voir notamment, C. Hamilton et A. Fiddy, *At what age can I? A guide to age-based legislation*, Children's Legal Centre Legal Guide October 2001.

il est par anticipation autorisé à disposer de l'argent placé sur son compte épargne à compter de l'âge de seize ans <sup>1</sup>. En droit anglais, le mineur au même âge acquiert la capacité d'ouvrir un compte épargne <sup>2</sup> et se voit ouvrir l'accès aux jeux d'argent et notamment aux paris <sup>3</sup>. Le mineur peut également acquérir par anticipation et sous certaines conditions la capacité de disposer de ses biens <sup>4</sup>.

**269.** Dans les trois systèmes étudiés, le mineur acquiert également de manière anticipée, un certain pouvoir de contrôle sur sa personne.

Ainsi, en droit anglais, le mineur de seize ans acquiert la capacité de consentir valablement à un traitement médical <sup>5</sup> ; il peut également à compter du même âge donner son sang <sup>6</sup>.

Dans les droits anglais et français, la capacité de consentir valablement à une relation sexuelle a été fixée en référence à un seuil d'âge, à compter duquel disparaissent les incriminations pénales à l'encontre de leur partenaire <sup>7</sup>.

Le droit français de la nationalité prévoit également la possibilité pour un mineur de seize ans de réclamer la nationalité française par déclaration devant le juge d'instance <sup>8</sup>, et il peut au même âge renoncer à sa faculté de la répudier <sup>9</sup>, laquelle est acquise à dix-sept ans et demi <sup>10</sup>.

Il est cependant remarquable que dans aucun des trois systèmes étudiés n'ait été instaurée une pré-capacité en matière religieuse. Toutefois, si en droit français ce choix appartient d'abord aux parents en vertu de leur pouvoir d'autorité

---

<sup>1</sup> Voir notamment B. Ryssen, « Fais ce que dois, peux ce que veux », *Petites Affiches* 3 mai 1995, p. 14.

<sup>2</sup> Voir C. Hamilton et A. Fiddy, *At what age can I? A guide to age-based legislation*, Children's Legal Centre Legal Guide October 2001.

<sup>3</sup> Section 21 du *Betting, Gaming and Lotteries Act 1963*.

<sup>4</sup> En droit français, cette capacité est ouverte au mineur de seize ans, voir les articles 903 et 904 du Code civil. En droit écossais, la capacité de tester est acquise à douze ans en vertu de la section 2(2) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> Section 8(1) du *Family Law Reform Act 1969*. Cette capacité ne s'exerce cependant pas sans réserves et peut dans certaines circonstances être remise en cause, voir *supra* n° 172.

<sup>6</sup> Si le don volontaire est autorisé, il ne pourra cependant pas être appelé pour un don avant l'âge de dix-sept ans. Voir C. Hamilton et A. Fiddy, *At what age can I? A guide to age-based legislation*, Children's Legal Centre Legal Guide October 2001.

<sup>7</sup> L'âge de seize ans a été retenu en droit anglais en vertu des sections 5, 6 et 12 du *Sexual Offences Act 1956*. Il est à noter que le mineur acquiert à cet âge le droit d'entrer et de vivre dans une maison close en vertu de la section 3 du *Children and Young Persons Act 1933*. L'âge de quinze ans a été retenu en droit français. Voir l'article 227-27 du Code pénal qui ne sanctionne l'atteinte sexuelle sans violence, contrainte, menace ni surprise sur un mineur de plus de quinze ans et non émancipé, que si elle a été commise par un ascendant ou une personne ayant autorité sur la victime, en raison notamment de son lien familial ou de ses fonctions. Pour plus de détails sur cette question voir notamment M.-L. Rassat, « Les perspectives législatives », *L'autorité parentale à l'épreuve...*, sous la direction de J. Foyer et C. Labrusse, Economica, Paris 1983 pp. 58 et s.

<sup>8</sup> Art. 17-3 du Code civil.

<sup>9</sup> Art. 20-2 al. 2 du Code civil.

<sup>10</sup> Art. 19-4 du Code civil.

parentale <sup>1</sup>, il semble à l'inverse qu'en droit anglais le choix d'une pratique religieuse soit laissé à la liberté de l'enfant <sup>2</sup>. Les parents disposent toutefois du droit de demander en justice le placement sous tutelle judiciaire de l'enfant (*wardship*) s'ils estiment que la pratique religieuse suivie par lui est susceptible de le mettre en danger. Dans chacun de ces systèmes, il apparaît en effet, que la protection du mineur contre les risques d'endoctrinement par des mouvements sectaires prévaut toujours sur sa liberté de croyance <sup>3</sup>.

**270.** L'énoncé de l'ensemble des différentes capacités anticipées peut difficilement être exhaustif, et se révéler parfois de peu d'intérêt tant le pouvoir conféré par certaines peut apparaître désuet <sup>4</sup> au regard de la théorie générale du droit des incapacités.

L'intérêt du recours à ces capacités civiles anticipées réside dans l'absence de contrôle parental ou judiciaire antérieure à leur mise en œuvre <sup>5</sup>. En effet, les pré-capacités confèrent au mineur une autonomie d'action totale dès lors qu'il aura atteint l'âge requis pour leur mise en œuvre, avec un effet couperet identique à celui que fait naître l'atteinte de l'âge de la majorité. Ces capacités civiles anticipées permettent de faire évoluer le mineur vers l'autonomie par palier, faute de lui reconnaître, à l'instar de ce qu'avait su mettre en place le droit écossais par le régime de *curatory* <sup>6</sup>, une autonomie totale pour les actes relatifs à sa personne.

**271.** Si dans les droits français et anglais, certains auteurs s'interrogent sur la nécessité d'instaurer une véritable prémajorité à l'égard des adolescents, le droit écossais a, quant à lui, fait ce choix depuis 1991, pour organiser l'accès du mineur à la capacité juridique.

---

<sup>1</sup> L'éducation religieuse entre dans le champ du droit et devoir d'éducation dont les parents sont investis en vertu de l'article 371-1 du Code civil. Voir notamment sur ce point M.-L. Rassat, « Les perspectives législatives », *L'autorité parentale à l'épreuve...*, sous la direction de J. Foyer et C. Labrusse, Economica, Paris 1983 p. 64. En droit français, les juges sont bien souvent réticents à intervenir dans le domaine de l'éducation et des pratiques religieuses. Ils privilégient généralement le *statut quo* jusqu'à la majorité de l'enfant. Sur ce point voir *supra* n° 197 et notamment JE Versailles 24 septembre 1962, *D.* 1963, jur., 52 note J. Carbonnier ; Paris 31 janvier 1963, *J.C.P. G* 1963, II, 13236 note A.P. ; Cass. civ. 1<sup>re</sup> 7 avril 1965, *D.*, 1965, jur., 704 note J.C.

<sup>2</sup> Voir notamment C. Hamilton et A. Fiddy, *At what age can I ? A guide to age-based legislation*, Children's Legal Centre Legal Guide October 2001.

<sup>3</sup> Voir en ce sens pour le droit français M.-L. Rassat, « Les perspectives législatives », *L'autorité parentale à l'épreuve...*, sous la direction de J. Foyer et C. Labrusse, Economica, Paris 1983 p. 67.

<sup>4</sup> Voir notamment la capacité conférée par le droit anglais au mineur de douze ans d'acheter un animal domestique en vertu de la section 3 du *Pet Animals Act 1951* ou encore au mineur de seize ans d'acheter des chocolats à la liqueur en vertu de la section 167 du *Licensing Act 1964*.

<sup>5</sup> Avec une réserve cependant, en ce qui concerne l'engagement militaire du mineur, voir *supra* n° 267.

<sup>6</sup> Voir *supra* n° 178.

## §2. La prémajorité

**272.** En droit anglais, la possibilité pour le mineur d'acquérir par anticipation la capacité civile qu'il aurait normalement acquise à la majorité n'existe pas <sup>1</sup>. Il nous faut ici rappeler que dans ce système, il n'existe pas en tant que tel de régime d'incapacité préventive, interdisant à titre général au mineur d'accomplir un acte juridique. Ce régime fait en effet prévaloir la capacité naturelle du mineur <sup>2</sup> et lui offrira une protection spécifique lorsque son action lui aura causé préjudice <sup>3</sup>.

Les droits français et écossais quant à eux, ont chacun à sa manière, organisé l'accès du mineur à la capacité civile, par anticipation. Si le droit écossais a fait le choix de l'automaticité en instaurant une prémajorité générale à l'égard de l'ensemble des mineurs à compter de l'âge de seize ans (A), le droit français, quant à lui, autorise le mineur à être émancipé à compter du même âge, à la différence que ce statut ne peut être obtenu qu'à l'issue d'une démarche volontaire (B).

### A. La prémajorité automatique

**273.** En **droit écossais**, avec l'entrée en vigueur du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* <sup>4</sup>, le mineur devient juridiquement capable à compter de l'âge de seize ans <sup>5</sup>, soit deux ans avant sa majorité <sup>6</sup>. La capacité ainsi donnée au mineur est entendue par le droit écossais comme devant couvrir l'ensemble des actes juridiques au sens du droit civil, et vise en conséquence toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit <sup>7</sup>. Le domaine de la capacité ainsi acquise est donc bien plus large que le domaine contractuel qui pourrait être sous

---

<sup>1</sup> M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 17-003, p. 490.

<sup>2</sup> Voir en ce sens M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *op. cit.*, para. 17-002, p. 487.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 307.

<sup>4</sup> Cette loi est entrée en vigueur le 25 septembre 1991.

<sup>5</sup> « *A person of or over the age of 16 years shall have legal capacity to enter into any transaction* », section 1(1)(b) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>6</sup> Voir *supra* n° 266.

<sup>7</sup> La *law commission* écossaise fait en effet expressément référence à la notion d'acte juridique telle qu'elle existe en droit civil « *jurisitic acts* » pour définir la portée du terme « *transaction* » qu'elle utilise pour déterminer le domaine de la prémajorité. *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.22 et plus particulièrement note 4.

entendu par l'utilisation du terme *transaction* par le législateur, pour définir le domaine dans lequel la capacité du mineur de seize ans s'exercera.

Ainsi, mis à part quelques incapacités de jouissances résiduelles, qui ne disparaîtront qu'à la majorité <sup>1</sup>, la prémajorité ainsi organisée par le droit écossais en faveur du mineur de seize ans, a vocation à lui ouvrir une sphère de capacité aussi vaste que celle d'un majeur. Ainsi, le droit écossais organise la minorité en deux phases. Avant l'âge de seize ans, le mineur est frappé d'incapacité et ne saurait avoir accès à la vie juridique que par la mise en œuvre du mécanisme de représentation <sup>2</sup>.

Certaines exceptions notables au principe d'incapacité ont néanmoins été conservées. Il apparaissait à nos yeux vraisemblablement difficile de remettre en cause totalement le domaine de capacité reconnu au mineur antérieurement à l'entrée en vigueur du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. En effet, le système de *curatory*, directement tiré du droit romain <sup>3</sup>, et qui s'appliquait jusqu'alors, faisait bénéficier les filles de plus de douze ans et les garçons de plus de quatorze ans d'une autonomie totale pour l'accomplissement des actes relatifs à leur personne <sup>4</sup>. Il est ainsi apparu difficile à la *law commission* de se satisfaire de la rigidité du nouveau régime proposé <sup>5</sup>. Aussi, le droit écossais a prévu que les mineurs de moins de seize ans disposent sous condition de maturité, de la capacité de consentir valablement à un traitement médical <sup>6</sup>, d'instruire directement un avocat <sup>7</sup>, de demander et défendre en justice en leur nom <sup>8</sup>. Dans le même esprit, la capacité de tester est ouverte par anticipation au mineur de douze ans <sup>9</sup> et il acquiert au même âge la capacité de consentir valablement à son adoption <sup>10</sup>. Le principe d'incapacité générale ainsi posé est également battu en brèche par la

---

<sup>1</sup> Il s'agit notamment du droit de vote et d'éligibilité et de la capacité à exercer certaines fonctions. Pour plus de détails voir *supra* n° 65 et s.

<sup>2</sup> Voir *supra* n° 88 et s.

<sup>3</sup> Voir notamment D. Nichols, « Can they or can't they ? Children and the Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991 », SLT 1991, p. 395.

<sup>4</sup> Les actes juridiques relatifs à leurs biens devaient quant à eux être accomplis avec l'assistance d'un *curator*. Voir *supra* n° 178.

<sup>5</sup> Voir notamment la section 3.21 du *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987.

<sup>6</sup> Section 2(4) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Voir *supra* n° 162.

<sup>7</sup> Section 2(4A) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Pour plus de détails sur ce point voir *infra* n° 900.

<sup>8</sup> Section 2(4B) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Pour plus de détails sur ce point voir *infra* n° 910.

<sup>9</sup> Section 2(2) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>10</sup> Section 2(3) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

capacité reconnue au mineur de seize ans d'accomplir « *les actes habituellement accomplis par les personnes de son âge et dont les termes ne sont pas déraisonnables* »<sup>1</sup>.

**274.** À compter de l'âge de seize ans, tous les mineurs acquièrent une capacité juridique quasi-totale et ce, de manière automatique. Le seul tempérament est lié à la possibilité qui leur reste ouverte jusqu'à l'âge de vingt-et-un ans, de remettre en cause plus facilement, par une action en justice, les actes juridiques qui leur sont préjudiciables<sup>2</sup>. Il est également remarquable qu'à la différence de l'émancipation en droit français<sup>3</sup>, la prémajorité écossaise ne met pas fin à l'exercice de la responsabilité parentale par les parents. Celle-ci sera néanmoins tempérée dans son application dans la mesure où, à compter de l'âge de seize ans, elle se résume à un devoir de conseil à l'égard du prémajeur<sup>4</sup>. L'automaticité de l'acquisition de la capacité civile en droit écossais, ainsi que son étendue, la font apparaître à nos yeux comme une anticipation véritable de la majorité, ce qui la distingue très nettement des différentes capacités anticipées conférées par touche au mineur avant sa majorité<sup>5</sup>.

**275.** En **droit français**, la question de la mise en place d'une prémajorité en faveur des adolescents a également été débattue. En effet, cette catégorie de mineurs est celle qui aspire le plus à davantage d'autonomie d'action. L'âge de quinze ans a été proposé par certains auteurs pour la mettre en oeuvre<sup>6</sup>, tout comme l'a également été en son temps la création d'une « *majorité sanitaire* » à seize ans<sup>7</sup>. En droit français, la prémajorité a toujours été envisagée comme devant être offerte aux grands adolescents, et comme un ersatz de l'émancipation, en raison notamment des seuils d'âge proposés. À la différence du droit écossais, rien n'a été

---

<sup>1</sup> Section 2(1) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>2</sup> Section 3(1) et 3(2) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>3</sup> Cf *infra* n° 277.

<sup>4</sup> Section 1(1)(b)(ii) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 267 et s.

<sup>6</sup> Pour plus de détails voir F. Gisser, « Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation : la prémajorité » *J.C.P. G* 1984, I, 3142, n° 13.

<sup>7</sup> Interview du professeur Michèle Uzan, « Pour une majorité sanitaire à seize ans », *L'Express* 10 décembre 1998, p. 52. Cette prémajorité sanitaire avait principalement pour but de répondre au délicat problème du refus d'autorisation parentale à l'IVG d'une mineure célibataire. Ce problème est aujourd'hui réglé par la Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

envisagé pour faire bénéficier les jeunes adolescents d'outils juridiques leurs permettant de faire valoir une certaine indépendance <sup>1</sup>.

Si la prémajorité a l'indéniable atout de la simplicité d'application, le principal écueil à son application réside dans le fait qu'elle ne permet pas de s'adapter au mieux à la situation de chaque mineur. En effet, il y aura toujours des adolescents qui, n'ayant pas l'âge requis, se verront refuser le pouvoir d'exercer certains droits alors qu'ils sont mentalement prêts à le faire. De plus, il apparaît bien souvent que fixer une limite d'âge pour l'acquisition de droits ou de la capacité juridique, fait naître des aspirations nouvelles chez ceux qui en sont exclus. Enfin, proposer aujourd'hui une prémajorité en deçà de l'âge de dix-huit ans, créera à nos yeux l'obligation pour le législateur de mettre en place des régimes spécifiques de protection, visant spécialement les adolescents qui auront acquis par l'âge, une capacité juridique qu'ils seront incapables d'exercer faute de capacité naturelle à le faire. Les capacités civiles anticipées qui existent en droit français, permettent à ce système de s'adapter au mieux à l'évolution de la maturité intellectuelle d'un mineur. En revanche, l'automatisme, et l'étendue de la capacité conférée au mineur, attachées à une prémajorité véritable, en font un outil juridique à manier avec précaution. Il en va autrement à nos yeux lorsque la capacité conférée au mineur est le fruit d'une démarche volontaire et judiciairement contrôlée.

## B. La prémajorité volontaire : l'émancipation

**276.** Le **droit français**, avec l'institution de l'émancipation, offre la possibilité pour le mineur de seize ans de voir anticiper sa majorité. Le mineur émancipé devient en effet « *capable comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* » <sup>2</sup>. Les pouvoirs parentaux d'autorité parentale et d'administration légale, qui s'exerçaient sur la personne et sur les biens de l'enfant, prennent fin <sup>3</sup>, et corrélativement les

---

<sup>1</sup> Cf *supra* n° 267 et s. Le droit écossais fait notamment produire au seuil d'âge de douze ans des effets juridiques importants.

<sup>2</sup> Art. 481 al. 1 du Code civil.

<sup>3</sup> Art. 482 du Code civil. Voir également J. Carbonnier, *Droit civil Tome 2. La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. refondue. Thémis Droit privé, PUF 2002, p. 157.

parents ne sont plus responsables de plein droit du fait de leur enfant <sup>1</sup>. Avec l'alignement de l'âge de la majorité matrimoniale sur l'âge de la majorité civile <sup>2</sup>, le mariage n'est plus une cause d'émancipation de plein droit du mineur ; celle-ci ne peut désormais être prononcée que par décision du juge des tutelles <sup>3</sup>.

**277.** En vertu de l'article 477 du Code civil, l'émancipation du mineur est prononcée « *s'il y en a de justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux* ». Le pouvoir de demander l'émancipation de l'enfant appartient donc exclusivement à ses parents, ou au conseil de famille dans l'hypothèse où ceux-ci seraient décédés <sup>4</sup>. Ainsi, l'enfant ne peut être à l'origine de son émancipation, et le juge des tutelles ne peut pas non plus la prononcer d'office <sup>5</sup>. Le refus des parents d'émanciper l'enfant n'est susceptible d'aucun recours. Aussi, le droit de solliciter l'émancipation de l'enfant apparaît aujourd'hui comme l'un des derniers résidus des prérogatives d'autorité parentale, et peut être considérée comme une liberté octroyée par eux au mineur <sup>6</sup>, laquelle saurait difficilement être remise en cause. Néanmoins, *de lege ferenda*, il nous apparaît que si cette possibilité était concurremment ouverte à l'enfant, le contrôle exercé par le juge des tutelles en la matière serait suffisant pour protéger le mineur. Le juge ne serait en effet pas tenu de faire droit à sa demande s'il estime que l'émancipation est contraire à l'intérêt de l'enfant. Donner à l'enfant la possibilité de demander son émancipation, nous semble une position difficile. En effet, il nous faut garder à l'esprit que donner à l'enfant la faculté d'être à l'origine de son émancipation, c'est aussi lui permettre de demander de se soustraire volontairement à l'exercice de l'autorité parentale et à la protection qu'elle est censée lui assurer <sup>7</sup>, ce qui n'est sans doute pas dans l'air du temps.

**278.** L'autorité parentale est un outil de protection de l'enfant, aussi sa disparition antérieure à la majorité de l'enfant, si elle est indispensable à la mise en

---

<sup>1</sup> Art. 482 al. 2 du Code civil. Ainsi, la responsabilité de plein droit fondée sur l'article 1384 al. 4 du Code civil ne peut plus être invoquée à l'encontre des parents, quand bien même le mineur émancipé résiderait avec eux. Voir sur ce point notamment J. Carbonnier, *Droit civil Tome 2. La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. refondue. Thémis Droit privé, PUF 2002, p. 158.

<sup>2</sup> L'article premier de la Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, modifie l'article 144 du Code civil en ce sens : « *L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ». JO du 5 avril 2006.

<sup>3</sup> Art. 477 du Code civil.

<sup>4</sup> Art. 478 du Code civil.

<sup>5</sup> Voir sur ce point notamment J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 158.

<sup>6</sup> Voir sur ce point notamment J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 157.

<sup>7</sup> Voir l'article 371-1 al. 2 du Code civil.

œuvre en pratique de la capacité juridique acquise par le mineur émancipé, ne peut être laissée sans contrôle. En effet, l'émancipation de l'enfant ne saurait se faire au détriment de la protection de ce dernier, et ne saurait être un moyen pour les parents de se soustraire aux obligations qui leur incombent <sup>1</sup>. Aussi, l'émancipation du mineur est prononcée par le juge des tutelles après contrôle de l'existence de « *justes motifs* », que la demande lui soit présentée par les parents ou par le conseil de famille. La maturité du mineur et sa capacité naturelle à prendre des décisions, sont des éléments déterminants de la décision du juge. Il lui appartiendra notamment d'apprécier la présence de ces facultés chez le mineur au cours de son audition, qui est obligatoire dans cette procédure <sup>2</sup>. Toutefois, pour Monsieur le Conseiller Massip, « *l'attitude de l'enfant lui-même* » et « *l'impossibilité dans laquelle se trouvent les parents d'exercer normalement leur autorité parentale* » <sup>3</sup> sont également à prendre en compte par le juge dans son appréciation des justes motifs. L'usage de l'émancipation comme sanction, si elle a toujours existé <sup>4</sup>, nous semble aujourd'hui cependant devoir être modérée dans son utilisation par les juges des tutelles.

Les parents en difficulté avec leur enfant doivent être soutenus dans l'exercice de leur autorité parentale, et non incités à demander l'émancipation de leur enfant, qui serait à nos yeux la sanction d'un constat d'échec. Les conséquences de l'émancipation au regard du droit civil sont graves et il pourrait se révéler dangereux d'émanciper un enfant sur le chemin de la délinquance, eu égard à ses victimes éventuelles <sup>5</sup>.

**279.** L'émancipation est avant tout un outil devant être utilisé à des fins positives et notamment pour la promotion de l'indépendance de l'enfant mature et raisonnable. L'institution de l'émancipation permet de simplifier la vie des parents et de l'enfant qui ne cohabitent plus. L'enfant acquiert une capacité juridique entière quant aux décisions relatives à sa personne et à ses biens. En effet, si le mineur émancipé acquiert une capacité totale en matière contractuelle, il acquiert aussi la capacité pleine et entière de consentir à un traitement médical ou à

---

<sup>1</sup> Il apparaît en effet que certaines demandes d'émancipation soient uniquement fondées sur la volonté, pour les parents, de se soustraire à la responsabilité civile de plein droit qu'ils encourent, ou encore de se « débarrasser » d'un adolescent devenu difficile. Voir notamment sur ce point J. Massip, *Les incapacités [étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 389, p. 302-303.

<sup>2</sup> Art. 477 al. 2 du Code civil.

<sup>3</sup> J. Massip, *op. cit.*, n° 389, p. 303.

<sup>4</sup> J. Massip, *op. cit.*, n° 389, p. 303.

<sup>5</sup> La totalité ou presque des parents en France bénéficient d'une assurance chef de famille qui permet l'indemnisation de la victime des dommages causés par l'enfant, sans que cela ne pèse financièrement outre mesure sur le reste de la famille.

disposer des éléments et produits de son corps <sup>1</sup>. Sa liberté n'est toutefois pas totale dans la mesure où l'émancipation ne permet pas de contourner les règles relatives à l'adoption, qui restent applicables sans distinction à l'ensemble des mineurs, qu'ils soient ou non émancipés <sup>2</sup>.

L'institution de l'émancipation n'offre plus aujourd'hui la possibilité au mineur de bénéficier d'une période transitoire d'apprentissage de la capacité juridique <sup>3</sup>. Aussi, à la différence du droit écossais qui fait bénéficier le prémajeur d'une protection spécifique <sup>4</sup>, le mineur émancipé ne bénéficie pas de la possibilité de remettre en cause plus facilement les actes passés durant sa minorité. Par conséquent, l'activité juridique qui présente le plus de risques reste interdite au mineur émancipé, qui ne peut être commerçant <sup>5</sup>. Il peut cependant accomplir valablement des actes de commerce isolés, dans la mesure où sa capacité à accomplir tous les actes de la vie civile « englobe bien évidemment les actes de commerce » <sup>6</sup>.

**280.** L'absence de protection spécifique du mineur émancipé vient à nos yeux renforcer l'idée que l'émancipation est une institution à utiliser avec précaution. Toutefois, le fait que l'anticipation de la majorité en droit français, repose sur une démarche volontaire et judiciairement contrôlée, instaure les garde-fous indispensables à sa mise en œuvre. Le mineur ne peut être émancipé contre son gré, et il appartient au juge des tutelles d'y veiller, notamment au cours de l'audition. Par ailleurs, les parents qui sollicitent l'émancipation de leur enfant ont, en amont, pu apprécier la capacité naturelle de celui-ci à agir raisonnablement. Leur demande est aussi le témoignage de la confiance qu'il lui accorde. Enfin, le contrôle exercé par le juge des tutelles permet à nos yeux de garantir l'utilisation de cette institution comme la consécration anticipée de la capacité naturelle du mineur à agir.

**281.** Les droits français, anglais et écossais organisent tous trois en faveur du mineur un régime de capacité anticipée, dont l'étendue peut varier d'un système à

---

<sup>1</sup> Voir en ce sens J. Massip, *Les incapacités [étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 391, p. 305.

<sup>2</sup> Art. 481 al. 2 du Code civil.

<sup>3</sup> L'institution avait à l'origine un caractère éducatif. La capacité du mineur émancipé à accomplir des actes de disposition était contrôlée et il conservait le bénéfice d'une protection *a posteriori* contre les actes lésionnaires ou excessifs. Voir sur ce point J. Massip, *op. cit.*, n° 390, p. 305.

<sup>4</sup> Voir *infra* n° 310.

<sup>5</sup> Art. 487 du Code civil et art. 2 du Code de commerce.

<sup>6</sup> J. Massip, *op. cit.*, p. 307, note (3).

l'autre, mais qui lui garantit la possibilité de contrôler les aspects les plus personnels de sa vie quotidienne. Il apparaît cependant, de manière générale que l'octroi de la capacité à l'enfant ne saurait être raisonnable si des dispositifs spécifiques, visant à assurer sa protection contre les dérapages qui pourraient survenir au cours de son exercice, n'existaient pas. Aussi, dans une certaine mesure, chacun des trois systèmes étudiés prévoit des dispositions qui autorisent le mineur capable à remettre en cause plus aisément les actes juridiques qui lui sont préjudiciables.

## *Chapitre 2. La protection du mineur capable*

**282.** La protection du mineur capable est assurée par l'existence de dispositions spécifiques, qui autorisent une remise en cause plus aisée des actes qu'il a accomplis valablement pendant sa minorité, ou sa prémajorité, mais qui néanmoins, l'ont été par inexpérience, ou par une mauvaise appréciation des éléments contractuels en jeu. L'étude du présent chapitre ne portera donc pas sur les différentes possibilités qui sont offertes au mineur de remettre en cause les actes qui ont été malencontreusement accomplis par ses représentants légaux pendant sa minorité<sup>1</sup>. Il est également à noter que de manière commune aux trois systèmes étudiés, la protection *a posteriori* accordée au mineur, ne concerne pas l'ensemble de son activité juridique. Sans être limités à la sphère contractuelle, seuls peuvent être remis en cause les actes juridiques de nature patrimoniale. Il est en effet impossible de revenir sur des actes qui touchent à la personne ou au corps du mineur. Ainsi, la protection *a posteriori* du mineur capable s'organise autour de deux axes. Nous étudierons dans un premier temps la sanction de l'acte passé par un mineur disposant de la capacité naturelle à l'accomplir, lorsque sa réalisation lui est interdite en vertu de dispositions légales (Section 1). Dans un second temps, nous examinerons quelles réponses le droit apporte à la réalisation, par le mineur capable, d'un acte autorisé dont les termes se révèlent pour lui défavorables (Section 2).

---

<sup>1</sup> Pour une étude exhaustive de ce dispositif en droit français voir notamment C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, pp. 313 et s.

## Section 1. La sanction de l'acte interdit

**283.** Dans les trois systèmes étudiés, le droit reconnaît au mineur une sphère de capacité autonome <sup>1</sup>. En dehors de cette sphère de capacité, l'activité juridique est interdite au mineur. Il peut s'avérer cependant que le mineur doué d'une capacité naturelle à agir passe un acte qui lui est juridiquement interdit. Dans cette hypothèse, les droits français et écossais ont fait le choix de sanctionner l'acte par son anéantissement rétroactif (§1), le droit anglais quant à lui, sans remettre en cause directement l'acte, prévoit une limitation de ses effets juridiques (§2).

### § 1. L'anéantissement de l'acte

**284.** Dans les droits français et écossais, la réalisation par le mineur d'un acte qui lui est légalement interdit entraîne son anéantissement rétroactif. Si la nullité de l'acte est une sanction commune aux deux systèmes, le droit français prévoit cependant que l'acte interdit puisse, sur le fondement de sa nature, être rescindé pour lésion.

**285.** En **droit écossais**, l'acte passé par un mineur de moins de seize ans est nul (*void*) <sup>2</sup>, lorsqu'il n'entre pas dans la catégorie des actes autorisés <sup>3</sup>. Depuis la réforme introduite par le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, les dispositions relatives à la rescision pour lésion ont été abolies <sup>4</sup>. Aussi, pour les actes accomplis par le mineur, la nullité est encourue de plein droit <sup>5</sup>. À la différence du droit

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur ce point voir *supra* n° 217 et s.

<sup>2</sup> Section 2(5) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>3</sup> En vertu de la section 2 du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, le mineur de moins de seize ans est autorisé à passer les actes de nature usuelle dont les termes ne sont pas déraisonnables. Il dispose par ailleurs de la capacité pour tester à compter de l'âge de douze ans. Pour plus de détails voir *supra* n° 224 et s et n° 267 et s.

<sup>4</sup> « *Any existing rule of law relating to reduction of a transaction on the ground of minority and lesion shall cease to have effect* », section 1(5) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> L'office du juge écossais est alors très restreint dans la mesure où s'il était saisi d'un litige sur ce point, il ne pourrait que déclarer la nullité, laquelle n'a néanmoins pas besoin d'être constatée en justice pour produire ses effets. La nullité ainsi encourue s'apparente sous cet angle à la théorie de l'acte inexistant en droit français.

français, aucune distinction, tirée de la nature de l'acte passé par le mineur, n'existe quant à la sanction de l'acte interdit.

La loi de 1991 a étendu le régime de *pupillarity* jusqu'à l'âge de seize ans. Ce régime se traduit par un « *état d'incapacité absolue* »<sup>1</sup>, quelle que puisse être la capacité naturelle du mineur. Par conséquent, un acte *void* n'est pas susceptible d'être ratifié. Toutefois, le droit écossais offre au mineur la possibilité de ratifier le contrat *void* (*adoption of a contract*), une fois devenu capable<sup>2</sup>. La particularité de ce mécanisme réside dans le fait qu'à la différence de la ratification *stricto sensus*, le contrat ne sera alors valable qu'à compter du jour où il a été adopté par le mineur, et non à compter de sa conclusion. En effet, l'*adoption* d'un acte s'analyse juridiquement comme la conclusion d'un nouveau contrat<sup>3</sup>. La possibilité pour le mineur d'adopter un acte juridique passé lorsqu'il était juridiquement incapable, n'est pas expressément prévue par le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* ; toutefois, cette solution existait néanmoins antérieurement à cette loi. Par ailleurs, celle-ci a été préconisée par la *law commission* écossaise dans le rapport qui a précédé l'adoption de la loi de 1991<sup>4</sup>, aussi il nous est permis de penser que cette possibilité n'a pas été remise en cause<sup>5</sup>. L'acte ainsi adopté par le prémaieur pourra cependant être annulé dans les mêmes conditions que s'il avait été nouvellement conclu par lui, si celui-là se révèle préjudiciable à son égard<sup>6</sup>.

**286.** En **droit français**, la sanction de l'incapacité du mineur relève de la combinaison des articles 1305 et 1311 du Code civil. Le premier ouvre la rescision pour lésion au mineur « *contre toute sorte de conventions* », le second organise la nullité de l'acte conclu par le mineur dans des termes obscurs<sup>7</sup>. Aussi, l'articulation de ces deux dispositions, ainsi que leur portée, ont été sujettes à

---

<sup>1</sup> W. W. McBryde, *The law of contract in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 2001, para. 3-12, p. 30, note 32. L'auteur renvoie pour la citation à Bell, *Principles*, s. 2067.

<sup>2</sup> À compter de l'âge de seize ans.

<sup>3</sup> Voir Gloag, *The law of contract : a treatise on the principles of contract in the law of Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1929, p. 546.

<sup>4</sup> *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.37 *in fine*.

<sup>5</sup> Voir également en ce sens A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 15.05, p. 478.

<sup>6</sup> Voir *infra*.n° 310.

<sup>7</sup> L'article 1311 du Code civil dispose, « *Il [le mineur] n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution* ».

interprétation doctrinale <sup>1</sup>. Il nous apparaît alors que si la classification tripartite classique des actes juridiques semble avoir perdu de sa pertinence au regard de la détermination de la sphère de capacité contractuelle du mineur <sup>2</sup>, son utilisation dans la détermination de la sanction applicable à l'acte passé par le mineur, demeure encore aujourd'hui incontournable <sup>3</sup>.

**287.** La position aujourd'hui classique, retenue en matière de sanction de l'activité juridique interdite au mineur, est tirée d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1844 <sup>4</sup>. Cet arrêt retient une distinction fondée sur la nature de l'acte passé par le mineur agissant seul. Ainsi, la nullité, envisagée par l'article 1311 du Code civil, est la sanction frappant l'acte que le mineur a accompli seul alors que cet acte était l'un de ceux « *qu'un tuteur n'aurait pu faire valablement qu'avec l'autorisation du conseil de famille* » <sup>5</sup>. La nullité est donc encourue pour les actes les plus graves accomplis par le mineur, en vertu de la classification tripartite classique, sont visés ici les actes de disposition. La nullité prévue par l'article 1311 du Code civil est une nullité relative. Elle ne peut donc être invoquée que par la personne que la loi a entendu protéger, ici le mineur <sup>6</sup>. En vertu de l'article 1304 du Code civil, cette action se prescrit par cinq ans et ne commence à courir à l'encontre de celui-ci que du jour de sa majorité ou de son émancipation. La nullité sera alors encourue de plein droit, sans que les juges n'aient à examiner le bénéfice potentiel tiré du contrat <sup>7</sup>.

Sur le fondement de l'article 1305 du Code civil, est rescindable pour lésion, l'acte que le mineur a accompli seul, alors qu'il était de ceux que le tuteur aurait pu faire valablement sans requérir l'autorisation du conseil de famille <sup>8</sup>. Sur le fondement de la classification tripartite des actes juridiques, sont visés ici les actes

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur les débats doctrinaux qui ont eu lieu sur la question au XIXe siècle voir C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 144-153, pp. 191-197.

<sup>2</sup> Voir *supra* n° 220 et s.

<sup>3</sup> Voir également en ce sens C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998 n° 83, p. 122.

<sup>4</sup> D.P. 1844, 1, 123 ; S. 1844, 1, 497 note M. Devilleneuve.

<sup>5</sup> J. Carbonnier, *Droit civil 2/La famille L'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. refondue 2002, PUF, coll. Thémis 2002, p. 135.

<sup>6</sup> Voir notamment sur ce point B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations 2. Contrats*, 6<sup>e</sup> éd. Litec 1998, n° 1018, p. 359. Pendant la minorité, l'incapacité qui frappe le mineur lui interdit d'ester en justice aussi cette action pourra être introduite par son représentant légal, en vertu de l'article 389-3 du Code civil.

<sup>7</sup> Voir notamment en ce sens J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 136. F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz Coll Précis 1996, n°1009, p. 852.

<sup>8</sup> Voir notamment en ce sens J. Carbonnier, *Droit civil 2/La famille L'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. refondue 2002, PUF, coll. Thémis 2002, p. 136. F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz Coll Précis 1996, n°1009, p. 852.

d'administration, et les actes conservatoires, non usuels <sup>1</sup>. La remise en cause de ces actes n'est pas fondée sur l'incapacité juridique du mineur à les accomplir, mais sur leur caractère lésionnaire <sup>2</sup>. Ils ne sauraient par conséquent être remis en cause sur le seul fondement de la minorité du cocontractant <sup>3</sup>. Toutefois, l'action en rescision pour lésion reste une faveur que le droit des contrats accorde au mineur. Par conséquent, la preuve de la minorité du cocontractant au moment de l'acte sera néanmoins à rapporter, au même titre que celle de la lésion <sup>4</sup>.

**288.** À la différence du droit écossais, en droit français, l'acte interdit au mineur peut néanmoins être ratifié par lui à sa majorité <sup>5</sup>. La confirmation de l'acte par le jeune majeur implique une volonté de sa part de ne pas se prévaloir de l'action en nullité qui lui est ouverte. Elle peut être expresse <sup>6</sup> ou tacite, et résulter dans ce cas de l'exécution du contrat <sup>7</sup>. En vertu de l'article 1311 du Code civil, le mineur dispose de la possibilité de confirmer les actes entachés de nullité relative, mais également ceux qui sont seulement rescindables pour lésion <sup>8</sup>. À la différence de l'adoption de l'acte par le prémajeur en droit écossais <sup>9</sup>, la confirmation de l'acte par le jeune majeur, en droit français, produit un effet rétroactif <sup>10</sup>. L'acte sera alors valable et produira ses effets à compter de sa formation et non au moment de sa ratification par le mineur. La confirmation de l'acte par le jeune majeur apparaît comme un outil juridique qui consacre la capacité naturelle du mineur à agir.

**289.** L'anéantissement rétroactif du contrat est l'effet principal de la sanction de l'acte interdit au mineur en droit français, comme en droit écossais. La théorie générale du droit des contrats prévoit, dans ces deux systèmes, le retour au *status quo ante*.

---

<sup>1</sup> Pour la sanction de l'acte usuel voir *infra* n° 298 et s.

<sup>2</sup> Sur la notion de lésion voir *infra* n° 302.

<sup>3</sup> Voir notamment en ce sens J. Carbonnier, *Droit civil 2/La famille L'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. refondue 2002, PUF, coll. Thémis 2002, p. 136.

<sup>4</sup> Voir J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 136.

<sup>5</sup> Art. 1311 du Code civil.

<sup>6</sup> Elle résulte alors d'un écrit émanant du jeune majeur. Voir sur ce point B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations 2. Contrats*, 6<sup>e</sup> éd. Litec 1998 n° 1046 et 1047.

<sup>7</sup> Pour plus de détails sur la théorie générale de la confirmation de l'acte nul voir notamment G. Couturier, *La confirmation des actes nuls*, thèse Paris LGDJ 1972 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *op. cit.*, n° 1040 et s., pp. 367 et s.

<sup>8</sup> Les actes qui encourent la nullité absolue ne sont donc pas susceptibles d'être confirmés. Une grande partie de la doctrine considère que seuls les actes accomplis par le mineur non discernant encourent la nullité absolue. Voir notamment sur ce point C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, p. 210 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 136 ; F. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1009, p. 852.

<sup>9</sup> Voir *supra* n° 286.

<sup>10</sup> B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *op. cit.*, n° 1048.

**290.** Par faveur pour le mineur, en droit français, des limites ont été posées au principe de restitution des prestations. En effet, sur le fondement de l'article 1312 du Code civil et de la théorie de l'enrichissement sans cause <sup>1</sup>, le mineur ne sera tenu à restitution que dans la mesure où ce qui a été payé a tourné à son profit, et où ce qu'il a reçu a été conservé <sup>2</sup>. La volonté de protéger le mineur tout en préservant au mieux la justice contractuelle apparaît très clairement à la lumière de ces dispositions.

**291.** La *law commission* écossaise a accompagné la demande d'abolition des dispositions relatives à la rescision pour lésion, de recommandations en faveur de la suppression du régime de faveur, jusqu'alors applicable au mineur, en matière de restitution <sup>3</sup>. Ainsi, le mineur ayant conclu un acte *void* sera tenu à « *restitution, récompense ou répétition* » <sup>4</sup> sur un fondement quasi-contractuel, tout comme le serait un majeur. Les règles relatives à l'*unjustified enrichment* ont, en effet, été jugées suffisamment protectrices des intérêts et du mineur et de son cocontractant <sup>5</sup>. Cette solution semble interdire tout endettement de mineur visant à satisfaire aux impératifs de restitutions.

**292.** Dans les deux systèmes, la protection du cocontractant se trouve néanmoins renforcée de manière spécifique lorsque le mineur a agi de manière dolosive, en le trompant sur son état. Lorsque l'existence de manœuvres positives de tromperie est avérée, le mineur peut alors voir sa responsabilité civile engagée sur un fondement délictuel, sans qu'il soit toutefois fait échec au principe de nullité de l'acte <sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point J. Carbonnier, *Droit civil 2/La famille L'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. refondue 2002, PUF, coll. Thémis 2002, p. 137.

<sup>2</sup> Voir sur ce point les articles 1241 et 1312 du Code civil. Voir également B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations 2. Contrats*, 6<sup>e</sup> éd. Litec 1998 n° 1077, p. 380 ;

<sup>3</sup> Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.34. À l'instar du droit français, le mineur n'était tenu à restitution que des biens reçus encore en sa possession, et des sommes perçues investies et faisant toujours partie de son patrimoine.

<sup>4</sup> W. W. McBryde, *The law of contract in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 2001, para 3-15, p. 31.

<sup>5</sup> W. W. McBryde, *op. cit.*, para. 3-15, p. 31. Voir également les recommandations faites en ce sens par la *law commission* écossaise dans son rapport, Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, paras 3.34-3.37. La *law commission* fonde notamment sa position sur l'origine de la théorie de l'*unjustified enrichment* directement tirée de l'application des mesures d'Equity (*equitable remedies*), dont l'objectif premier est le rétablissement de l'équité (*fainess*) lorsque l'application des règles de *common law* produit des conséquences injustes pour les justiciables.

<sup>6</sup> Art. 1307 du Code civil. Voir également en ce sens Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.31.

**293.** L'étude entreprise laisse apparaître cependant, que l'anéantissement rétroactif de l'acte ne soit pas l'unique sanction possible à la conclusion d'un acte interdit par le mineur. En effet, le droit anglais, sans remettre en cause l'acte originaire, le sanctionne néanmoins, par la limitation de ses effets juridiques.

## §2. *La limitation des effets juridiques de l'acte*

**294.** En **droit anglais**, la capacité contractuelle du mineur se révèle particulièrement étendue<sup>1</sup>, dans la mesure où l'incapacité juridique qui le frappe n'a jamais été comprise comme une interdiction à agir, mais comme une incapacité à se nuire par ses actes<sup>2</sup>. Cette capacité se trouve renforcée par les dispositions qui visent à assurer la protection du mineur contractant. En effet, les règles spécifiques applicables aux contrats passés par les mineurs ont pour seule finalité de les protéger « *de leur immaturité et de leur inexpérience* »<sup>3</sup>.

Aussi, en droit anglais, les actes accomplis par le mineur en dehors de la sphère de capacité qui lui a été reconnue<sup>4</sup> ne sont pas nuls. Il apparaît que leur exécution peut être réclamée par le mineur, à l'encontre de l'autre partie, mais qu'ils ne produisent aucun effet à son égard tant qu'il ne les a pas ratifiés<sup>5</sup>. Ainsi, ils engagent le cocontractant, sans engager le mineur. Les effets juridiques produits par un tel acte sont donc limités à l'égard du mineur. La jurisprudence anglaise a ainsi pu juger que le mineur n'était pas tenu de payer le prix pour l'achat d'un poids-lourd acheté à crédit dans le cadre de son activité professionnelle<sup>6</sup>, ni de

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 233 et s.

<sup>2</sup> Voir sur ce point V. Fere, *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle en droit anglais*, thèse Paris 1923, p. 78.

<sup>3</sup> « *The social policy behind special rules for minors and their contracts is to protect the minor against his or her own immaturity and inexperience* » A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.1, p. 549.

<sup>4</sup> Sont visés ici les actes qui n'entrent ni dans la catégorie des *necessaries* et des contrats conclus au bénéfice du mineur, lesquels ne peuvent être remis en cause que sur le fondement de leur caractère déraisonnable, ni dans celle des contrats annulables sur le fondement de leur caractère préjudiciable. Voir *infra* n° 298 et s.

<sup>5</sup> « *The largest class of minor's contracts are enforceable by the minor, but are not binding upon him unless he expressly ratifies them upon coming of age* », *Chitty on Contracts*, vol. 1 *General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-039, p. 477. Voir également en ce sens A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.14, p. 561.

<sup>6</sup> Voir notamment *Mercantile Union Guarantee corporation v. Ball* [1937] 2 KB 498 CA. Dans cette affaire, il a été jugé que l'achat de ce poids-lourd n'engageait pas le mineur car il ne pouvait entrer dans la catégorie des *necessaries*, bien qu'il ait été réalisé dans le cadre de son activité

rembourser le prix perçu pour une chose qu'il n'avait pas délivrée<sup>1</sup>. Toutefois, comme en droit écossais, la théorie de l'*unjustified enrichment* vient au secours du cocontractant qui semble alors disposer d'une action sur le fondement quasi-contractuel<sup>2</sup>.

La limitation des effets juridiques du contrat à l'égard du mineur produit également des conséquences au regard de sa responsabilité civile contractuelle. Ainsi, lorsque le dommage causé par lui apparaît lié à l'exécution de l'acte interdit, ou être relatif à l'objet du contrat, il ne sera pas possible pour le cocontractant d'engager la responsabilité civile du mineur<sup>3</sup>. En effet, il a pu être jugé que la responsabilité contractuelle du mineur ne pouvait pas être engagée pour la blessure infligée à un cheval loué par lui<sup>4</sup>. De même, celle-ci a été écartée pour une panne survenue sur une voiture lors d'un parcours excédant le kilométrage autorisé en vertu du contrat<sup>5</sup>, dans la mesure où cette utilisation « *ne constituait pas une action sortant du domaine envisagé par le contrat* »<sup>6</sup>.

L'acte juridique interdit, s'il produit ses effets à l'égard du cocontractant, ne produira aucun effet à l'égard du mineur tant que celui-ci ne l'aura pas ratifié à sa majorité. Comme en droit français, la ratification de l'acte peut être expresse ou tacite et résulter de son comportement<sup>7</sup>. Celle-ci doit intervenir dans un temps raisonnable après l'acquisition de l'âge de la majorité<sup>8</sup>.

**295.** La position retenue par le droit anglais en ce domaine ouvre très largement la voie de la consécration juridique de la capacité naturelle du mineur.

---

professionnelle de transport routier, dans la mesure où les termes du contrat de crédit étaient difficiles à honorer (*onerous terms*). Ainsi, le mineur ne pouvait pas être engagé par un tel contrat et n'était pas tenu de rembourser les arriérés de paiement qui lui étaient réclamés.

<sup>1</sup> *Cowern v. Niels* [1912] 2 KB 419. Dans cette affaire, la demande de remboursement du prix pour inexécution du contrat (non livraison du foin et du trèfle commandé au mineur) a été rejetée, dans la mesure où celui-ci n'entraînait pas dans la catégorie des *necessaries*, et n'engageait par conséquent pas le mineur.

<sup>2</sup> « *The consequence is that the basis of the action is hardly contract. Its real foundation is an obligation which the law imposes on the infant to make a fair payment in respect of needs satisfied. In other words, the obligation arise re and not consensu* » *Nash v. Inman* [1908] 2 KB 1, voir l'opinion du juge Fletcher Moulton LJ p. 8. Voir également en ce sens A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.14, p. 561. Voir également Goff & Jones, *The law of restitution*, Londres, Sweet & Maxwell 2002, paras. 25-002-25-011, pp. 628-641.

<sup>3</sup> Voir *Chitty on Contracts*, vol. 1 *General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-043 et s., pp. 479 et s.

<sup>4</sup> *Jennings v. Rundall* (1799) 8 Term R. 335.

<sup>5</sup> *Fawcett v. Smethurst* (1915) 84 L.J.K.B. 473.

<sup>6</sup> « *The extra journey did not take his action outside the scope of the contract* », *Chitty on Contracts*, vol. 1 *General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-043, p. 479.

<sup>7</sup> Voir *Chitty on Contracts*, vol. 1 *General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-041, p. 478. Voir également *Brown v Harper* (1893) 68 L.T. 488.

<sup>8</sup> « *Within a reasonable time after attaining majority* », J. Beatson, *Anson's law of contract*, 27<sup>e</sup> éd. Oxford University Press 1998, p. 216.

La capacité du mineur est élargie en raison du renforcement de sa protection exercée *a posteriori*. Ainsi, le droit n'entrave pas l'exercice par le mineur mature de sa capacité, tout en lui réservant un traitement de faveur lui permettant de réparer ses « *sottises* »<sup>1</sup>. La position du droit anglais à l'égard des mineurs contractants n'est pas sans rappeler l'esprit de l'interprétation par la jurisprudence française des dispositions du Code civil originaire. En effet, la Cour de cassation en 1844 a pu juger que « *ce que la loi a voulu, c'est non pas que le mineur ne pût jamais contracter seul, mais qu'il ne fût pas lésé en contractant* »<sup>2</sup>. La *common law* et le droit civil se rejoignent sur ce point, seules les méthodes pour parvenir à cette fin divergent, en raison notamment des spécificités liées à leurs traditions juridiques. Ainsi, la position actuelle du droit anglais semble se rapprocher de celle retenue en droit français pour la sanction des actes qui sont autorisés au mineur, mais qui ont été passés par inexpérience.

## Section 2. La remise en cause de l'acte autorisé

**296.** La protection du mineur est la vocation première de l'incapacité d'exercice à laquelle il est soumis. Or, dans aucun des trois systèmes étudiés, le mineur n'est frappé d'une incapacité totale à agir. En effet, une sphère d'autonomie a été accordée au mineur dans le cadre de laquelle il pourra agir pour la direction de sa personne ou la gestion de ses biens<sup>3</sup>. Si, en raison de leur nature spécifique, les actes qui revêtent un caractère éminemment personnel ne peuvent être remis en cause *a posteriori*, il apparaît toutefois que les trois systèmes ont accordé au mineur un régime de faveur au regard de son activité patrimoniale, et notamment contractuelle. Ainsi, les actes juridiquement autorisés au mineur pourront néanmoins être remis en cause lorsqu'ils qu'ils apparaîtront déraisonnables ou lésionnaires, tel est le cas pour l'acte usuel (§1) ou bien encore s'ils lui sont préjudiciables (§2).

---

<sup>1</sup> Selon l'expression employée par le Doyen Carbonnier *in Droit civil 2/La famille L'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. refondue 2002, PUF, coll. Thémis 2002, p. 143.

<sup>2</sup> Cass. Civ. 18 juin 1844, S, 1844, 1, 497.

<sup>3</sup> Voir *supra*, n° 217 et s.

## § 1. La remise en cause de l'acte usuel

**297.** Les droits anglais, français et écossais ont accordé au mineur la capacité juridique d'accomplir des actes de la vie courante <sup>1</sup>. Ces actes valables *a priori*, pourront toutefois être remis en cause si en raison de l'inexpérience du mineur ceux-ci apparaissent déraisonnables (A) ou lésionnaires à son égard (B).

### A. L'acte déraisonnable

**298.** Le **droit anglais** ouvre très largement l'exception à l'incapacité du mineur en matière contractuelle, notamment lorsqu'il s'agira pour lui de satisfaire les besoins essentiels de sa subsistance et de celle de sa famille. Ainsi, le mineur peut accomplir valablement tous les actes juridiques qui entrent dans la catégorie des *necessaries* <sup>2</sup>. Ces actes, en raison de leur nature particulière, engagent le mineur et ne peuvent pas être remis en cause par lui sur le fondement de sa minorité. Le seul élément déterminant de la validité de l'acte sera son caractère utile pour le mineur. Celui-ci s'apprécie au jour du contrat <sup>3</sup> au regard de sa situation personnelle, de ses moyens financiers et de la quantité de biens fournis <sup>4</sup>.

Toutefois, il a été jugé qu'un contrat de *necessaries* valablement conclu par le mineur pouvait être remis en cause, si le prix payé par le mineur, ou la quantité de biens lui ayant été délivrée, apparaissent déraisonnables <sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 220 et s.

<sup>2</sup> Pour plus de détails voir *supra* n° 227.

<sup>3</sup> « *Necessary goods means goods suitable to the condition in life of the minor or other person concerned and to his actual requirements at the time of the sale and delivery* », section 3(3) du *Sale of goods Act 1979*.

<sup>4</sup> Voir notamment sur ce point V. Fère, *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle en droit anglais*, LGDJ Paris 1923, p. 227 ; *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991, p. 429 ; A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.4, p. 551. Voir également *Chapple v Cooper* (1844) 13 M & W 252, et plus particulièrement l'opinion du juge Alderson B. Pour les cours de chant d'un mineur qui souhaitait devenir chanteur (acceptation) voir *Mackinlay v Barthurst* (1919) 36 TLR 31. Pour l'achat de onze gilets de costumes (refus) voir *Nash v Inman* [1908] 2 KB 1 CA. Pour l'achat de diamants et autres joailleries par un fils de baron évoluant dans la haute société (refus) *Ryder v Wombell* (1868) L. R. 3 Ex. 91. Pour plus de détails sur la détermination du caractère utile de l'acte voir *supra* n° 228 et s.

<sup>5</sup> « *An infant may contract for the supply at a reasonable price of articles reasonably necessary for his support in his station in life if he has not already a sufficient supply* », *Nash v Inman* [1908] 2 KB 1 CA, opinion du juge Buckley LJ p. 12.

L'exigence du paiement d'un prix raisonnable pour les *necessaries* délivrés à l'enfant, a également été consacrée par la section 3(2) du *Sale of Goods Act 1979*<sup>1</sup>. Les termes du contrat de *necessaries* peuvent également être remis en cause s'ils sont cause de dureté à l'égard de l'enfant. Dans une affaire *Flower v London and North Western Railway Company*<sup>2</sup>, la clause contenue dans un contrat de transport, *necessaries* par nature dans la mesure où il permettait au mineur de se rendre à son travail, a été privée de ses effets à l'égard du mineur. En effet, elle exemptait la compagnie de chemin de fer de sa responsabilité pour tous les dommages qui viendraient à être causés à l'enfant pendant le trajet, y compris ceux qui seraient dûs à la négligence de la compagnie ou à celle d'un de ses employés<sup>3</sup>. Cette clause a été considérée comme « *injuste* » et « *déraisonnable* » à l'égard de l'enfant<sup>4</sup>, ce qui a permis à ce dernier d'obtenir réparation de son préjudice. L'appréciation par les juges du caractère raisonnable d'un contrat de *necessaries* relève d'éléments de faits<sup>5</sup>. Ainsi, l'âge du mineur au moment de l'acte, ses moyens financiers et sa condition sociale ont une influence quant à l'appréciation du caractère raisonnable du contrat<sup>6</sup>. Toutefois, aucun élément objectif d'appréciation, à l'instar de la référence au standard du bon père de famille dans les droits français et écossais, n'a été mis à la disposition des juges anglais en la matière.

La remise en cause des actes de *necessaries* en raison de leur prix déraisonnable ou d'une cause de dureté à l'égard du mineur, participe du principe déterminant de la capacité du mineur en droit anglais, en vertu duquel, l'exercice de sa capacité exceptionnelle à contracter ne saurait lui nuire. Aussi, la sanction de l'acte déraisonnable accompli par le mineur nous apparaît relever de la même

---

<sup>1</sup> « *Where necessaries are sold and delivered to a minor (...) he must pay a reasonable price for them* », section 3(2) du *Sale of Goods Act 1979*.

<sup>2</sup> [1894] 2 QB 65 CA.

<sup>3</sup> « *I (...) hereby agree that neither I, nor my executors, or administrators, or relatives shall have any claim against you by reason of any accident, injury or loss, which may happen to me or my property, while joining, travelling by, or alighting from such trains, or while upon your railway or property, notwithstanding that any such accident, injury or loss is occasioned by the negligence of you or any of your officers or servants...* », *Flower v London and North Western Rly Co* [1894] 2 QB 65 CA, p. 66.

<sup>4</sup> Voir l'opinion de Lord Esher in *Flower v London and North Western Rly Co* [1894] 2 QB 65 CA, p. 67.

<sup>5</sup> « *The contract (...) must be one beneficial to the infant, and whether it is so is a question to be decided on the facts of each particular case* », *Mercantile Union Guarantee Corporation v. Ball*, [1937] 2 KB 498, opinion du juge Finlay p. 501.

<sup>6</sup> « *The question must also be considered in the context of the minor's age and his means as well as that of his social position* », The Law commission, *Law of Contract. Minor's contracts*, Working paper No 81, Londres HMSO 1982, para. 2.4, p. 10

volonté de protection que celle qui préside à la sanction de l'acte qui lui est préjudiciable <sup>1</sup>.

**299.** En **droit écossais**, l'usage relève le mineur de moins de seize ans de son incapacité d'exercice. Ainsi, celui-ci dispose de la capacité de réaliser les « *actes habituellement accomplis par des personnes de son âge et de sa condition, dans des termes qui n'apparaissent pas déraisonnables* » <sup>2</sup>. Les actes visés par cette catégorie sont principalement des actes du quotidien, de faible importance économique. Malgré le faible impact en pratique de la reconnaissance légale d'une telle capacité au mineur <sup>3</sup>, il est apparu sage à la *law commission* écossaise de combler le vide juridique qui existait, notamment afin de protéger le mineur et de lui ouvrir des voies d'action sûres, au cas où des difficultés surviendraient dans son exercice <sup>4</sup>.

À l'instar du droit français, la référence à l'usage permet de déterminer et de faire varier la sphère de capacité contractuelle reconnue au mineur de moins de seize ans par le droit écossais <sup>5</sup>. Cependant, la référence au caractère raisonnable de l'acte apparaît quant à elle, directement tirée du régime anglais des contrats de *necessaries*. Ainsi, en droit écossais, un acte valablement accompli par un mineur de moins de seize ans en raison de sa nature usuelle, pourra néanmoins être invalidé sur le fondement de son caractère déraisonnable <sup>6</sup>. Il apparaît en effet que ces deux conditions sont cumulatives pour la validité de l'acte ainsi accompli <sup>7</sup>.

La *law commission* s'est longuement interrogée, au regard des actes passés par le mineur de moins de seize ans, sur la nécessité d'assortir à la référence à

---

<sup>1</sup> Voir *infra*.n° 307 et s.

<sup>2</sup> « *A person under the age of 16 years shall have legal capacity to enter into a transaction (a) of a kind commonly entered into by persons of his age and circumstances and (b) on terms which are not unreasonable* », section 2(1) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>3</sup> Il ne s'agissait en effet pour la *law commission* que d'une consécration des pratiques existantes au sein de la société écossaise.

<sup>4</sup> Il s'agissait notamment pour la *law commission* de lui ouvrir le bénéfice des dispositions du *Sale of Goods Act 1979*. *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.41, p. 19.

<sup>5</sup> Il est à noter que l'habitude à laquelle il est fait référence ne renvoie pas directement à la fréquence à laquelle ces actes sont accomplis par le mineur, dans la mesure où « *acte rare peut néanmoins être valable s'il ne revêt pas un caractère extraordinaire* » G. Jamieson editor, *Scottish Family Law legislation*, Edimbourg, Sweet & Maxwell 2002, para. A.825.4. En effet, la condition personnelle du mineur et ses moyens financiers ont une influence directe sur la détermination du caractère usuel de l'acte accompli. Voir également *supra* n° 227 et s.

<sup>6</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 15.06 p. 479. Pour le droit anglais sur ce point voir *supra* n° 299.

<sup>7</sup> « *A person under the age of 16 years shall have legal capacity to enter into a transaction (a) of a kind commonly entered into by persons of his age and circumstances and (b) on terms which are not unreasonable* », section 2(1) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Voir également en ce sens W. W. McBryde, *The law of contract in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 2001, para. 3-16, p. 32.

l'usage, l'exigence du caractère raisonnable de l'acte. En effet, le renvoi au caractère raisonnable de l'acte lui est apparu source d'insécurité juridique pour le cocontractant du mineur<sup>1</sup>. Néanmoins, la protection du mineur, ainsi que la recherche d'une certaine équité dans leur traitement, l'ont emporté sur ces considérations. La *law commission* a en effet considéré qu'il serait anormal que le mineur de moins de seize ans se trouve pleinement engagé par les actes usuels qu'il viendrait à conclure, alors que la possibilité de remettre en cause une transaction préjudiciable est par ailleurs ouverte au prémajeur<sup>2</sup>. L'utilisation du critère de l'acte raisonnable pour déterminer la validité *a posteriori* d'un acte usuel se justifie d'autant plus que l'appréciation du caractère raisonnable d'un acte juridique repose, à la différence du droit anglais<sup>3</sup>, sur l'utilisation d'un critère objectif. En effet, l'acte déraisonnable est celui « *qu'un adulte, agissant en vertu d'une prudence raisonnable, n'aurait pas accompli s'il s'était trouvé à la place de l'enfant* »<sup>4</sup>. Le critère d'appréciation de cette notion est ainsi comparable à celui du bon père de famille utilisé en droit français, dont la mise en œuvre, notamment en raison de son caractère objectif, ne soulève pas de difficultés particulières.

**300.** Le contrôle objectif et *a posteriori* du caractère raisonnable de l'acte juridique usuel accompli par le mineur nous semble être un outil juridique fondamental permettant la promotion de l'autonomie d'action du mineur dans le respect de son besoin de protection et de celui de la sécurité contractuelle. En droit français, ce contrôle nous semble également sous-tendre à l'appréciation du caractère lésionnaire de l'acte accompli par un mineur.

---

<sup>1</sup> Pour le détails de ces discussions voir *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, paras. 3.44 – 3.50, pp. 20 et s.

<sup>2</sup> Voir *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, paras. 3.47, p. 21.

<sup>3</sup> Il est en effet à noter que le droit anglais n'offre aucune ligne directrice aux juges pour l'appréciation du caractère raisonnable du contrat de *necessaries*. Cf *supra* n° 299.

<sup>4</sup> « *Which an adult, exercising reasonable prudence, would not have entered into in the circumstances of the child* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.06, p. 479.

## B. L'acte lésionnaire

**301.** En **droit français**, comme en droit anglais et en droit écossais, l'usage relève le mineur de son incapacité <sup>1</sup>. Toutefois, la question se pose de savoir si l'acte usuel accompli par le mineur peut être remis en cause sur le fondement de la rescision pour lésion est sujet à controverses doctrinales. En effet, soit le régime de l'acte autorisé au mineur est calqué sur celui des actes passés par le majeur capable, soit le contractant conserve, à l'instar du droit anglais, en raison de sa minorité, une sorte de privilège l'autorisant à demander en justice la réparation de ses « *sottises* » <sup>2</sup>. Afin de préserver la sécurité contractuelle à l'égard des tiers, certains auteurs ont préconisé que l'acte usuel accompli par le mineur ne puisse pas être remis en cause sur le fondement de la lésion <sup>3</sup>. Cette interprétation nous semble pouvoir être combattue, non seulement par la nécessité de protéger le mineur capable de son inexpérience et des multiples sollicitations dont il est l'objet <sup>4</sup>, mais également par la portée générale de l'article 1305 du Code civil. Il apparaît en effet, comme le faisait déjà remarquer le doyen Nerson que « *la rescision pour lésion a un champ d'application illimité, parce que la lésion donne lieu à rescision contre 'toute sorte de conventions' passées par le mineur non émancipé* » <sup>5</sup>. Ainsi, l'acte usuel comme l'acte d'administration <sup>6</sup> sont susceptibles d'être remis en cause sur le fondement de la lésion.

**302.** Afin de garantir aux tiers la plus grande sécurité contractuelle possible, la détermination *a posteriori* par les juges de la nature usuelle d'un acte juridique est opérée en référence à des critères objectifs <sup>7</sup>. Néanmoins, la reconnaissance du caractère usuel d'un acte accompli par un mineur n'interdit pas sa remise en cause dès lors qu'il apparaît lésionnaire à son égard. En effet, à l'instar des droits anglais

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 220 et s.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Droit civil 2/La famille L'enfant, le couple*, PUF, coll. Thémis, 20<sup>e</sup> éd. 1999, p. 136.

<sup>3</sup> Voir notamment en ce sens J. Stoufflet, « L'activité juridique du mineur non émancipé », *Mélanges Voirin*, pp. 786-787.

<sup>4</sup> Voir notamment en ce sens R. Nerson, « L'activité juridique du mineur non émancipé », *RTDciv.* 1971, p. 615 ; P. Conte et J.-C. Montanier, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *J.C.P N* 1986, I, pp. 406 et s. ; M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, LGDJ Paris 1991, n° 12, p. 111.

<sup>5</sup> R. Nerson, art. préc., p. 615.

<sup>6</sup> Voir *supra*, n° 288.

<sup>7</sup> Voir *supra* n° 221.

et écossais, le droit français a, au moyen de la lésion, assorti à l'exigence de la nature usuelle de l'acte, celle de son caractère raisonnable, pour la détermination de sa validité. Il apparaît ainsi, comme en droit anglais et en droit écossais, que l'usage, en droit français, ne relève le mineur de son incapacité que pour son bénéfice et non pour qu'il se nuise.

**303.** L'acte autorisé au mineur encourt la rescision dès lors qu'il se révèle lésionnaire à son égard. La détermination de l'existence de la lésion est opérée en fonction d'éléments de nature factuelle et subjective, qui échappent au contrôle de la Cour de cassation <sup>1</sup>. En effet, la lésion est définie de manière classique comme « *le préjudice pécuniaire résultant pour l'une des parties, d'une inégalité de valeur entre les prestations* » <sup>2</sup>, ou encore comme « *un déséquilibre grave entre les prestations que se doivent réciproquement les contractants* » <sup>3</sup>. Toutefois, lorsqu'elle s'applique aux contrats passés par des mineurs, elle perd son caractère objectif et mathématique. Il apparaît en effet, qu'elle est toujours appréciée à la lumière de la situation personnelle du mineur. Ainsi, celui-ci pourra « *affecter des sommes, même significatives, à des dépenses d'utilité ou d'agrément personnel* » <sup>4</sup> dans la mesure où il tire un bénéfice de son action. L'appréciation de la lésion par les juges en droit français, peut ainsi être comparée à l'examen du caractère raisonnable de l'acte tel qu'il est pratiqué par les juges anglais et écossais <sup>5</sup>. En effet, la recherche d'un déséquilibre dans les prestations, notamment entre le prix payé et la valeur du bien fourni, nous rappelle l'exigence du paiement par le mineur d'un prix raisonnable dans le cadre des contrats de *necessaries* <sup>6</sup>. Par ailleurs, comme le caractère raisonnable de l'acte accompli par le mineur dans les droits anglais et écossais, la lésion en droit français est appréciée au regard de l'utilité de l'acte par rapport à la situation personnelle du mineur <sup>7</sup>. Ainsi, la lésion permet de sanctionner « *une mauvaise*

---

<sup>1</sup> Voir en ce sens Cass. civ. 1<sup>re</sup> 4 octobre 1966, *Bull. civ.*, I, n° 449.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Droit civil 4/ Les obligations*, 16<sup>e</sup> éd. coll. Thémis, PUF 1992., p. 103.

<sup>3</sup> B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations 2. Contrats*, 6<sup>e</sup> éd. Litec 1998, n° 902, p. 323.

<sup>4</sup> D. R. Martin, « L'argent de poche du mineur », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, L.G.D.J. 1991, p. 63. L'auteur vise spécifiquement « *des équipements audiovisuels, du matériel informatique ou sportif, des objets de parure ou de collection* ».

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 302.

<sup>6</sup> Voir *supra* n° 299, et également la section 3(2) du *Sale of Goods Act 1979*.

<sup>7</sup> Cf *supra* n° 299 et s., l'appréciation du caractère raisonnable du contrat de *necessaries* est également opérée au regard de son utilité pour le mineur et notamment de la quantité de biens qui lui est fournie. Dans l'arrêt *Nash v Inman* ([1908] 2 KB 1 CA), si la fortune personnelle du mineur lui

*affaire* »<sup>1</sup> réalisée par le mineur, telle que la réalisation d'un achat que son état de fortune ne lui permet pas de payer<sup>2</sup>, ou encore de biens dont il ne pourra pas se servir faute pour lui de disposer d'un équipement adapté<sup>3</sup>. La notion de lésion appliquée au mineur apparaît alors devoir englober celle d'excès<sup>4</sup> et le recours au standard du bon père de famille pour son appréciation<sup>5</sup>, ne fait que renforcer les similitudes de cette notion avec le critère de l'acte raisonnable, utilisé en droit anglais pour apprécier de la validité des contrats de *necessaries* et en droit écossais à l'égard des actes passés par le mineur de moins de seize ans.

**304.** Le contrôle exercé *a posteriori* de l'absence de lésion ou l'examen du caractère raisonnable de l'acte, est à nos yeux un garde-fou indispensable à l'exercice raisonné par le mineur de sa capacité. En effet, sans enfreindre l'action, ce contrôle permet d'assurer la protection du mineur. La notion de lésion interprétée de manière subjective, se révèle être un outil fondamental de promotion de la capacité contractuelle du mineur<sup>6</sup>, dans la mesure où elle est aussi un moyen de consolidation juridique de l'acte. Ainsi, la lésion n'ajoute rien à la nullité qui découlait de l'incapacité du mineur, mais « *l'absence de lésion aura pour effet de rendre inattaquable le contrat, qui par lui-même aurait été annulable pour cause de minorité* »<sup>7</sup>. L'effet consolidateur de l'absence de lésion apparaît alors comme un élément favorisant l'exercice par le mineur de sa capacité naturelle à agir. En effet, comme le fait remarquer le doyen Cornu, le mineur est alors jugé à ses actes et non à son

---

permettait l'achat de onze gilets de costumes, la quantité des biens achetés apparaissait déraisonnable dans la mesure où il était déjà largement pourvu de biens identiques. Voir plus particulièrement l'opinion du juge Buckley LJ p. 12. Il est à noter que l'acte ainsi accompli entrerait vraisemblablement en droit français dans la catégorie des actes excessifs, lesquels encourent la rescision pour lésion lorsqu'ils sont accomplis par un mineur.

<sup>1</sup> C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 174, p. 218.

<sup>2</sup> Voir C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 174, p. 218, renvoyant à Trib. Seine 21 avril 1913 et Trib. Toulouse 2 février 1914, *Annales just. De paix*, 1915, pp. 158 et 298.

<sup>3</sup> Pour « *l'achat de métiers électriques par un mineur qui n'a pas l'électricité* », C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 174, p. 218, qui renvoie à Lyon 23 mars 1900, *Mon. Lyon* 22 juin 1900.

<sup>4</sup> Voir en ce sens notamment F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 6<sup>e</sup> éd. Coll. Précis, Dalloz 1996, n° 1010, p. 852 ; C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 175, p. 219.

<sup>5</sup> En effet, pour Madame Farge, « *apparaissent rescindables pour cause de lésion tous les contrats passés par le mineur qui n'auraient pas été conclus par le bon père de famille* », C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, n° 174, p. 218.

<sup>6</sup> Voir également en ce sens C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998, p. 222.

<sup>7</sup> Voir sur ce point J. Carbonnier, *Droit civil/4. Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd. coll. Thémis, PUF 2000, p. 105.

« *âge légal* », et par conséquent l'absence de lésion tend à démontrer « *son aptitude réelle au commerce juridique contrairement à son inaptitude légalement présumée* »<sup>1</sup>. L'outil de la lésion permet d'assurer la protection du mineur tout en mettant les tiers à l'abri d'un coup de tête du mineur dans la mesure où il interdit la remise en cause de l'acte usuel non lésionnaire sur le fondement de la minorité.

Le recours à la rescision pour lésion pour sanctionner les actes autorisés aux mineurs est un outil suffisamment souple pour s'adapter au cas par cas à la situation de chacun. Il permet en outre, d'accompagner progressivement le mineur vers la capacité en consolidant les actes qui lui sont bénéfiques et en permettant la remise en cause de ceux qui le lèsent.

**305.** En effet, la rescision est une forme particulière de nullité relative<sup>2</sup>. Comme l'action en nullité, elle est soumise au régime de la prescription quinquennale, qui commence à courir, en vertu de l'article 1304 du Code civil, à partir du jour de la majorité ou de l'émancipation du mineur. Celle-ci n'est « *pas subordonnée à la preuve d'une faute qu'aurait commise l'un des contractants en exploitant les besoins de l'autre* », aussi elle « *doit être prononcée dès lors qu'existe objectivement, mathématiquement la disproportion retenue par la loi* »<sup>3</sup>. L'effet de la rescision est l'anéantissement rétroactif du contrat et le retour au *status quo ante*, dans les mêmes limites que l'action en nullité. Ainsi, en droit français, le mineur ne sera tenu à restitution que dans la mesure où ce qui a été payé a tourné à son profit, et où ce qu'il a reçu a été conservé<sup>4</sup>.

## §2. La remise en cause de l'acte préjudiciable

**306.** En **droit anglais**, la capacité du mineur à accomplir certains actes juridiques peut découler du caractère bénéfique de l'acte à l'égard du mineur (*beneficial contracts*) ou encore de la volonté manifeste de s'engager, laquelle s'exprime par l'absence de remise en cause d'un contrat annulable (*voidable*

---

<sup>1</sup> G. Cornu, « L'âge civil », *Mélanges Roubier* 1961, t. 2, p. 25.

<sup>2</sup> Voir en ce sens notamment J. Massip, *Les incapacités [étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 103, p. 402. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations 2. Contrats*, 6<sup>e</sup> éd. Litec 1998, n° 996, p. 351.

<sup>3</sup> J. Carbonnier, *Droit civil/4 Les obligations*, 16<sup>e</sup> éd. coll. Thémis, PUF 1992, p. 158.

<sup>4</sup> Voir sur ce point les articles 1241 et 1312 du Code civil. Voir également B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations 2. Contrats*, 6<sup>e</sup> éd. Litec 1998 n° 1077, p. 380.

contract) <sup>1</sup>. La première catégorie vise les contrats de services conclus au bénéfice du mineur, tel un contrat d'apprentissage ou un contrat de travail. La seconde catégorie vise quatre types de contrats qui se sont révélés importants pour la vie économique de la société anglaise à un moment donné <sup>2</sup>. À ce titre, le mineur peut valablement acquérir (*purchase*) ou louer (*lease*) des terrains libres d'obligations (*freehold land*), passer un contrat de mariage (*marriage settlement*) encore un contrat visant à l'acquisition de parts sociales ou bien à donner au mineur la qualité d'associé (*partnership agreements*) <sup>3</sup>. Ces contrats spécifiques sont « *annulables* » à la demande du mineur <sup>4</sup>.

**307.** La remise en cause des contrats de services conclus au bénéfice du mineur est fondée sur l'existence d'un préjudice pour le mineur et non sur la seule constatation de sa minorité <sup>5</sup>. En effet, la raison pour laquelle le mineur se voit relever de son incapacité réside dans le caractère habituellement bénéfique de ce type d'acte pour celui qui les passe <sup>6</sup>. Aussi, seul le désavantage exceptionnel dont ils sont la cause autorise le mineur à demander leur rescision (*rescission*). Le caractère bénéfique du contrat s'apprécie au jour de sa conclusion <sup>7</sup>, au vu de l'économie d'ensemble du contrat et non au regard de l'existence au sein du contrat de clauses défavorables au mineur <sup>8</sup>. Par conséquent, un tel contrat peut être valable malgré l'existence de conditions désavantageuses pour le mineur, si les avantages procurés l'emportent sur les désagréments <sup>9</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Clements v London and North Western Railway Company* <sup>10</sup>, le mineur avait conclu

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails voir *supra* n° 233 et s.

<sup>2</sup> A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.11, p. 558.

<sup>3</sup> Pour plus de détails sur la capacité du mineur en ce domaine voir *supra* n° 236.

<sup>4</sup> « *Contracts made by an infant are voidable at his option* », Cheschire, Fifoot & Furmston's *Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991, p. 427.

<sup>5</sup> « *It has been clearly held that the contract of apprenticeship and with regard to labour are not contracts to an action on which the plea of infancy is a complete defence, and the question has always been, both at law and in equity, whether the contract, when carefully examined in all his terms is for the benefit of the infant. If it is so, the court before which the question comes will not allow the infant to repudiate it* », *Clements v. London and Northwestern Railway Company* [1984] 2 QB 482, voir l'opinion du juge Kay LJ, p. 491.

<sup>6</sup> Voir *supra* n° 233 et s.

<sup>7</sup> « *It cannot be right to enable a contract made in good faith to be avoided because it turns out at a later date that the benefits are not as great as the parties anticipated* », *Chaplin v. Leslie Frewin (publishers) Ltd* [1966] Ch 71, opinion du juge Danckwerts LJ p. 95.

<sup>8</sup> « *It is not because you can lay your hand on a particular stipulation which you may say is against the infant's benefit, that therefore the whole contract is not for the benefit of the infant. The Court must look at the whole contract, having regard to the circumstances of the case, and determine, subject to any principles of law which may be ascertained by the cases, whether the contract is or not beneficial* » *De Francesco v. Barnum* (1890) 45 Ch. D. 430 et plus particulièrement l'opinion du juge Fry L.J., p. 437.

<sup>9</sup> A. Grubb & M. Furmston editors, *op.cit.*, para 4.7, p. 555.

<sup>10</sup> [1894] 2 QB 482 CA.

un contrat de travail avec une compagnie de chemin de fer, lequel contenait une clause en vertu de laquelle il renonçait à poursuivre en justice son employeur en cas de préjudice subi. Par ailleurs, en vertu de son contrat de travail il se trouvait directement affilié au contrat d'assurance conclu par l'employeur. Les juges ont considéré dans cette affaire, que la possibilité en vertu du contrat d'assurance d'obtenir une indemnité sans avoir à engager une procédure judiciaire, ni à prouver la responsabilité de l'employeur, était un avantage qui l'emportait sur la renonciation à un droit et à l'espérance d'obtenir une indemnité d'un montant supérieur. Toutefois, l'existence d'une ou de clauses défavorables au mineur peut néanmoins affecter la validité du contrat dans son ensemble <sup>1</sup>. Ainsi, dans l'affaire *De Francesco v Barnum* <sup>2</sup>, il a été jugé que les clauses du contrat d'apprentissage conclu entre deux apprenties danseuses et leur maître d'apprentissage, Monsieur De Francesco, « *étaient de nature extraordinaire et inhabituelle, et apparaissaient conférer un pouvoir démesuré au maître sans que celui-ci ne soit corrélativement soumis à des obligations* » <sup>3</sup>. Le contrat ainsi conclu ne sera remis en cause que si sa rescision (*rescission*) apparaît davantage bénéfique au mineur que son maintien <sup>4</sup>. En raison de la nature particulière de ces contrats à exécution successive <sup>5</sup>, les effets de leur rescision ne vaudront que pour l'avenir. Le retour au *status quo ante* s'avère en effet impossible à l'égard de cette catégorie de contrat.

**308.** Le mineur dispose également à titre de privilège <sup>6</sup> de la possibilité de remettre en cause très aisément un contrat annulable (*voidable contract*) passé en

---

<sup>1</sup> *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-028, p. 472. Voir également *supra*, pour l'existence d'une clause cause de dureté dans un contrat de *necessaries*, affectant la validité de l'ensemble du contrat *Flower v. London and Northwestern Railway company* [1894] 2 QB 65.

<sup>2</sup> (1890) 45 Ch. D. 430.

<sup>3</sup> « *Those are stipulation of an extraordinary and unusual character, which throw, or appear to throw, an inordinate power into the hands of the master without any correlative obligation on the part of the master* » *De Francesco v. Barnum* (1890) 45 Ch. D. 430, opinion du juge Fry L.J, p. 442. Dans cette affaire il apparaissait que les conditions de travail des apprenties étaient soumises à la seule volonté de l'employeur, qui pouvait les faire engager pour des spectacles partout dans le monde, de même que leur rémunération qui n'était prévue qu'au cours des périodes où elles étaient engagées dans un spectacle, sans que le maître ne soit tenu de son côté de leur trouver des engagements. Ce dernier se réservait également le droit de rompre unilatéralement le contrat d'apprentissage initialement conclu pour une durée de sept ans. Le contrat stipulait également différentes clauses interdisant notamment aux jeunes filles pendant la durée de leur apprentissage de travailler pour d'autres personnes et de se marier.

<sup>4</sup> Voir sur ce point *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-023, p. 470.

<sup>5</sup> Nous pouvons rappeler ici qu'appartiennent à cette catégorie de contrat, les contrats d'apprentissage et les contrats de travail conclus par le mineur.

<sup>6</sup> « *La minorité est ainsi considérée comme un privilège dont personne à part le mineur ne saurait tirer avantage* » ; « *Minority is viewed as a personal privilege from which none can take advantage but the minor* », A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.1, p. 549.

minorité. Le mineur peut répudier le contrat ainsi conclu « *pendant sa minorité ou dans un temps raisonnable après sa majorité* »<sup>1</sup>. L'appréciation du délai raisonnable après la majorité pour répudier l'acte passé en minorité est une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges<sup>2</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Edwards v. Carter*<sup>3</sup>, la remise en cause par le jeune majeur d'un accord en vue d'un mariage (*marriage settlement*) conclu par son père en sa faveur sur le fondement d'un *trust*<sup>4</sup>, n'a pas été autorisée dans la mesure où elle intervenait cinq ans après sa majorité. Le délai raisonnable ainsi entendu a été défini en doctrine comme « *le temps raisonnablement nécessaire pour prendre une décision définitive au vu de faits connus* »<sup>5</sup>. Par conséquent, la dissimulation à l'encontre du mineur, d'éléments nécessaires à sa décision, peut excuser son inaction durant le temps qui lui est imparti et autoriser une répudiation tardive<sup>6</sup>. Toutefois, l'ignorance de son droit à répudier l'acte ne l'excuse pas<sup>7</sup>.

À la différence des contrats de service conclus au bénéfice du mineur, le caractère préjudiciable de l'acte n'apparaît pas comme un fondement suffisant à la remise en cause des contrats annulables (*voidable contracts*)<sup>8</sup>. En effet, si l'action est intentée en dehors d'un temps raisonnable après la majorité, la répudiation ne

---

<sup>1</sup> *Carter v Silber* [1892] 2 Ch. 278, voir opinion du juge Lindley p. 284. A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.12, p. 559. Voir également *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991, p. 434 ; *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-029, p. 473.

<sup>2</sup> Voir notamment J. Beatson, *Anson's law of contract*, 27<sup>e</sup> éd. Oxford University Press 1998, p. 217; *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-038, p. 476.

<sup>3</sup> *Edwards v. Carter* [1893] AC 360 ; *Carnell v. Harrison* [1916] 1 Ch. 328, [1916-1917] All ER 827.

<sup>4</sup> Il avait été convenu que le *trustee* verserait une rente viagère au fils à sa future épouse et aux futurs enfants nés du mariage. Le fils, bénéficiaire du *trust*, était tenu en vertu de cet accord de mettre à la disposition du *trustee* tous les biens dont il hériterait de son père. Voir *Edward v. Carter* [1893] AC 360

<sup>5</sup> « *A reasonable time is the time reasonably necessary to make a final decision on the facts known and available* », A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.12, p. 559.

<sup>6</sup> « *Then it is said that in considering whether a reasonable time has elapsed you must take into account the fact that he did not know what where the terms of the settlement and that it contained this particular covenant* », *Edward v. Carter* [1893] AC 360, voir l'opinion de Lord Herschell LC, p. 365. Toutefois, dans cette affaire, la période de cinq années écoulées à compter de la majorité, a été jugé déraisonnable, malgré l'ignorance par le bénéficiaire des termes du *trust*.

<sup>7</sup> *Carnell v. Harrison* [1916] 1 Ch. 328. Dans cette affaire, l'ignorance du droit de remettre en cause le contrat n'a pas autorisé sa répudiation, dix-huit ans après sa conclusion. Voir également A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.12, p. 559.

<sup>8</sup> Voir également en ce sens A. Grubb & M. Furmston editors, *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999, para. 4.12, p. 559.

sera pas autorisée, quand bien même l'acte serait préjudiciable au mineur à l'origine <sup>1</sup>.

Comme en droit français, en vertu des principes applicables en matière de nullité relative <sup>2</sup>, le cocontractant du mineur n'est pas fondé à obtenir l'annulation (*avoidance*) de l'acte sur le fondement de l'incapacité de son cocontractant <sup>3</sup>. Les contrats annulables sont valables tant qu'ils n'ont pas été remis en cause par le mineur (*avoidance*) <sup>4</sup> et durant le temps où ils n'auront pas été annulés <sup>5</sup>. En effet, les effets de l'annulation ne vaudront à l'égard de ces contrats que pour le futur <sup>6</sup>. Ainsi, en principe, il sera fait échec au principe de restitution pour les intérêts échus et des obligations dues durant la période de leur validité <sup>7</sup>. La jurisprudence anglaise n'apporte cependant pas de réponse définitive à la question des restitutions. En effet, dans certaines affaires le juge semble s'être fondé sur la faculté du mineur à rétablir le *status quo ante* pour prononcer l'annulation du contrat et autoriser la restitution des prestations <sup>8</sup>. Il apparaît cependant possible au mineur d'obtenir la restitution des sommes versées en vertu du contrat pendant sa période de validité, s'il apporte la preuve d'une absence totale de contre-partie à sa prestation (*total failure of consideration*) <sup>9</sup>. En effet, en vertu des principes généraux applicables au droit anglais des contrats, l'absence de contre partie autorise la résolution du contrat et le retour au *status quo ante* <sup>10</sup>.

**309.** En **droit écossais**, en vertu des dispositions du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, le mineur acquiert automatiquement la pleine capacité

---

<sup>1</sup> *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999, para. 8-029, p. 473.

<sup>2</sup> Voir notamment sur ce point B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations 2. Contrats*, 6<sup>e</sup> éd. Litec 1998, n° 1018, p. 359.

<sup>3</sup> A. Grubb & M. Furmston editors, *op. cit.*, para. 4.12, p. 559.

<sup>4</sup> L'annulation n'est pas ouverte aux autres cocontractants sur le fondement de l'incapacité du mineur. Voir A. Grubb & M. Furmston editors, *op. cit.*, para. 4.12, p. 559.

<sup>5</sup> Voir sur ce point *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 para. 8-037, p. 476;

<sup>6</sup> A. Grubb & M. Furmston editors, *op. cit.*, para. 4.13, p. 560. Voir également *Cork & Bandon Railway Company v. Cazenove* (1847) 10 QB 935.

<sup>7</sup> Voir notamment *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999 para. 8-037 p. 476.

<sup>8</sup> *Valentini v. Canali* (1889) 24 QBD 166.

<sup>9</sup> Voir notamment sur ce point *Steinberg v. Scala (Leeds) Ltd* [1923] 2 Ch. 452. Goff & Jones, *The law of restitution, London*, Sweet & Maxwell 2002, para. 25-006, p.631. A. Grubb & M. Furmston editors, *op. cit.*, para. 4.13, p. 560.

<sup>10</sup> Voir notamment J. Beatson, *Anson's law of contract*, 27<sup>e</sup> éd. Oxford University Press 1998, pp. 605 et s.

juridique à compter de l'âge de seize ans <sup>1</sup>. L'automatisme de ce changement de statut peut placer dans une situation difficile, le pré-majeur dont l'évolution personnelle ne lui aurait pas permis d'acquérir les facultés nécessaires à l'exercice raisonnable de sa capacité. Aussi, avec à l'esprit la volonté d'assurer la protection des pré-majeurs contre leur immaturité, le droit écossais a fait le choix de développer la possibilité pour eux de remettre en cause des actes passés entre seize et dix-huit ans, plutôt que de limiter leur capacité à agir <sup>2</sup>.

Ainsi, en vertu de la section 3(1) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, le jeune majeur peut jusqu'à l'âge de vingt-et-un ans demander en justice <sup>3</sup>, la remise en cause d'un acte passé entre seize et dix-huit ans, sur le fondement de son caractère préjudiciable <sup>4</sup>. Cette voie d'action se substitue à l'action en rescision pour lésion du contrat <sup>5</sup> qui, en vertu de la section 1(5) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, a été abolie à l'égard des contrats passés en minorité <sup>6</sup>. L'existence du préjudice s'apprécie au jour de la conclusion du contrat <sup>7</sup>, peu importe que l'acte tourne par la suite au désavantage du mineur. En effet, le but de cette action est de donner au pré-majeur « *la possibilité d'échapper à des contrats passés à la légère* » et non de lui donner « *un droit inconditionnel à remettre en cause des transactions qui auraient été inattaquables au jour de leur conclusion mais qui de manière*

---

<sup>1</sup> Section 1(1)(b) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Voir également *supra* n° 269 et s.

<sup>2</sup> « *On the assumption that some measure of protection was desirable for this age group (...) we ourselves believe that it is consistent with our fundamental policy objective of protecting young people from the consequences of their immaturity without restricting unnecessarily their freedom of action* », Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.102, p. 35.

<sup>3</sup> En vertu de la section 3(5) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, les juridictions compétentes pour connaître de cette demande sont la *Court of Session* et les *Sheriff Courts*.

<sup>4</sup> « *A person under the age of 21 years may make application to the court to set aside a transaction which he entered into while he was of or over the age of 16 years but under the age of 18 years and which is a prejudicial transaction* », section 3(1) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> D. Nichols, « *Can they or Can't they. Children and the Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* », SLT 1991, p. 398.

<sup>6</sup> « *Any existing rule of law relating to reduction of a transaction on the ground of minority and lesion shall cease to have effect* », section 1(5) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Il semble que le législateur écossais ait volontairement choisi d'utiliser le terme de remise en cause (*setting aside*) plutôt que celui de rescision afin d'élargir le champ d'application de cette disposition et englober la catégorie des actes juridiques non écrits. Voir en ce sens G. Jamieson ed. *Scottish Family Law legislation*, Edimbourg, Sweet and Maxwell 2002, para. A. 826.2. Voir également D. Nichols, « *Can they or Can't they. Children and the Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* », SLT 1991, p. 398.

<sup>7</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.13, p. 482.

*inattendue tournent à leur préjudice* »<sup>1</sup>. Toutefois, l'action peut être intentée avant que le préjudice ne soit réalisé, dans la mesure où il existe un risque qu'il se produise<sup>2</sup>.

La notion d'acte préjudiciable a été définie par le législateur écossais dans la section 3(2) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Ainsi s'avère préjudiciable à l'égard du prémajeur une « *transaction qu'un adulte exerçant une prudence raisonnable n'aurait pas conclue dans les circonstances dans lesquelles se trouvait le prémajeur et à l'époque où il l'a conclue et qui cause à ce dernier où est susceptible de lui causer un préjudice substantiel* »<sup>3</sup>. La nature préjudiciable de l'acte est ainsi tirée de la réunion de notions cumulatives. L'acte préjudiciable apparaît alors comme un acte déraisonnable et qui a causé un préjudice non négligeable au prémajeur.

En effet, afin d'éviter toute dérive procédurière, compte tenu de la diversité des actes qui peuvent être passés par un prémajeur, tant par leur nature que par leur valeur, le législateur écossais semble avoir consacré l'adage *de minimis non curat praetor*. L'appréciation du caractère substantiel du préjudice subi par le prémajeur est une question de fait qui n'a pas été définie avec précision en doctrine. Toutefois, les professeurs Wilkinson et McK Norrie font remarquer que celle-ci peut, sans toutefois être confondue<sup>4</sup>, être néanmoins mise en parallèle avec la notion de lésion importante (*enorm lesion*), qui autorisait jusqu'alors la rescision des transactions passées par les mineurs<sup>5</sup>. En effet, en vertu de principes tirés de la *common law*, la lésion pour être réparée « *ne doit pas être insignifiante mais doit être importante, ce qui signifie que la contrepartie obtenue par le mineur est démesurément disproportionnée par*

---

<sup>1</sup> « *The purpose of the right to challenge is to protect the 16 and 17 years old (...) and to give him a special right to withdraw from rash bargains. It would be going too far to give him an unqualified right to challenge a transaction which was unobjectionable at the time it was entered into but which unexpectedly turned out to be prejudicial* », Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.105, p. 36.

<sup>2</sup> « *An application can be made for a transaction to be set aside before substantial prejudice occurs if substantial prejudice is likely to be caused* », D. Nichols, art. préc., p. 398.

<sup>3</sup> « *In this section 'prejudicial transaction' means a transaction which (a) an adult, exercising reasonable prudence, would not have entered into in the circumstances of the applicant at the time of entering into the transaction and (b) has caused or is likely to cause substantial prejudice to the applicant* », section 3(2) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>4</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.13, p. 483. Les auteurs en effet insistent sur le fait que la notion d'acte préjudiciable n'est pas la consécration législative de la notion de lésion importante (*enorm lesion*). Si des « *affinités* » existent entre ces deux notions quant à leur définition, les conditions de leur mise en œuvre diffèrent totalement, compte tenu notamment de la capacité nouvelle conférée au prémajeur par le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15-13 et 1-17 à 1.20.

*rapport à ce qu'il a donné* »<sup>1</sup>. Ainsi, en droit écossais, les prémajeurs ne peuvent obtenir réparation d'un préjudice qui n'aurait qu'une valeur minime.

La *law commission* écossaise, dans le cadre de son rapport sur la capacité du mineur s'est interrogée sur le caractère suffisant de l'exigence d'un préjudice pour obtenir l'annulation de l'acte<sup>2</sup>. Il lui est alors apparu que la seule exigence de l'existence d'un préjudice à l'encontre du prémajeur ouvrirait trop largement le champ de la remise en cause<sup>3</sup>. Aussi, elle a choisi d'introduire une référence au caractère raisonnable de l'acte afin notamment de préserver la sécurité contractuelle. Le caractère raisonnable de l'acte est apprécié par référence au standard de l'homme raisonnable (*reasonable man*), lequel peut valablement être comparé à celui du bon père de famille qui existe en droit français. Ainsi, la question qui se pose aux juges est celle de savoir « *si un adulte prudent et raisonnable agissant dans des circonstances identiques, aurait passé la transaction en question* »<sup>4</sup>. La *law commission* a pris soin cependant, de préciser que l'appréciation de ce standard objectif devait être replacée dans le contexte particulier des contrats passés par les prémajeurs<sup>5</sup>. Si à l'évidence certains contrats, en raison de leur objet, ne seraient pas passés par un majeur raisonnable, ce motif ne peut servir de fondement à leur remise en cause dans la mesure où ils entrent dans le domaine d'activité des prémajeurs<sup>6</sup>.

**310.** Le bénéfice de ce régime particulier de remise en cause des actes conclus par un prémajeur a cependant été exclu à l'égard de certaines transactions spécifiques. Cette voie d'action est également fermée au prémajeur en raison des circonstances dans lesquelles l'acte a été conclu, ou encore de sa volonté d'être pleinement engagé par lui.

---

<sup>1</sup> « *Lesion (...) must not be trifling, but must be enorm, which means that the consideration which the minor got must be immoderately disproportionate to what might have been got* », *Robertson v. S. Henderson & Sons Ltd* (1905) 7 F. 776, voir l'opinion de Lord Dunedin p. 785.

<sup>2</sup> *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, paras. 3.103-3.106, pp. 35-36.

<sup>3</sup> *Ibidem*, para. 3.103, p. 36.

<sup>4</sup> « *Whether a reasonably prudent adult acting in the same circumstances would have entered the transaction in question* », *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.106, p. 36.

<sup>5</sup> *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.106, p. 36.

<sup>6</sup> Comme par exemple l'abonnement à un journal pour adolescents, ou encore l'adhésion à un club de lycéens.

La section 3(3) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* dresse en effet, une liste d'actes qui n'entrent pas dans le cadre de ce régime particulier d'annulabilité. La remise en cause de ces actes spécifiques est néanmoins autorisée sur les fondements de droit commun ou d'autres fondements spécifiques et plus appropriés<sup>1</sup>. Ainsi, la remise en cause de l'acte sur le fondement de son caractère préjudiciable, n'est pas possible à l'égard du testament rédigé par un prémajeur, ni des nominations réalisées par voie testamentaire<sup>2</sup>, dans la mesure où ceux-ci peuvent être révoqués sans condition par leur auteur<sup>3</sup>. Il s'avère également que certains actes produisent des conséquences irréversibles sur la personne du mineur, ce qui a pour effet de rendre inefficace leur remise en cause. Ainsi, le consentement donné par le prémajeur à une intervention chirurgicale, à un traitement médical ou dentaire, s'il peut être révoqué jusqu'au moment de l'acte ne peut bien évidemment par la suite être remis en question sur le fondement de son caractère préjudiciable<sup>4</sup>. L'expression de ce consentement est par ailleurs assortie de garanties excluant qu'il soit donné de manière irréfléchie<sup>5</sup>. Pour des raisons évidentes liées à la stabilité de l'état du mineur, le consentement donné à son adoption ne peut pas être remis en cause par le prémajeur sur le fondement de son caractère préjudiciable<sup>6</sup>. Le prémajeur ne peut pas non plus utiliser cette voie de recours à l'encontre des transactions qu'il aurait passé dans le cadre de l'exercice de sa profession<sup>7</sup>. Il est en effet apparu à la *law commission* que l'existence de cette voie de recours spécifique à l'encontre des actes relatifs à sa profession aurait un effet dissuasif pour les cocontractants du prémajeur, et constituerait un obstacle à

---

<sup>1</sup> Voir en ce sens A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.15, p. 483.

<sup>2</sup> « *Subsection (1) shall not apply to (a) the exercise of testamentary capacity (b) the exercise by testamentary writing of any power of appointment* », sections 3(3)(a) et 3(3)(b) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Il est à noter que la capacité de tester est acquise à compter de l'âge de douze ans en vertu de la section 2(2) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>3</sup> Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.114, p. 38.

<sup>4</sup> « *...(e)The giving consent to any surgical, medical or dental procedure or treatment* », section 3(3)(e) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Cette capacité est conférée au mineur sous condition de maturité, section 2(4) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* et voir *supra*.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 253.

<sup>6</sup> « *...(c) the giving consent to the making of an adoption order* », section 3(3)(c) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Voir également Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.114, p. 39. Le droit de consentir à son adoption est ouverte au mineur de douze ans. Son consentement doit être recueilli par un *curator ad litem* et constaté judiciairement voir *infra* n° 425.

<sup>7</sup> « *...(f) a transaction in the course of the applicant's trade, business or profession* », section 3(3)(f) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

la bonne marche de ses activités <sup>1</sup>. Enfin, les actions en justices auxquelles le prémajeur serait directement partie en demande ou en défense ne peuvent être attaquées sur ce fondement <sup>2</sup> dans la mesure où « *une action intentée à l'encontre de son défenseur ou encore l'exercice des voies d'appel offrent une meilleure réparation au préjudice subi par une jeune personne en raison de sa participation à une instance* » <sup>3</sup>. Il nous apparaît par ailleurs, que les actes ainsi exclus de ce régime spécifique d'annulabilité sont pour bon nombre d'entre eux ouverts au mineur avant la majorité. Aussi le maintien d'une unité de régime exclut à nos yeux l'octroi d'un traitement spécifique à l'égard du prémajeur.

**311.** En plus de l'exclusion de certains actes en raison de leur nature, certaines circonstances peuvent faire perdre au prémajeur la possibilité de se prévaloir de cette voie d'action. Ainsi, à titre de sanction, le prémajeur qui aurait volontairement trompé son cocontractant, à quelque titre que ce soit, dans le but de le conduire à passer l'acte, ne peut par la suite en obtenir la remise en cause sur le fondement de son caractère préjudiciable <sup>4</sup>. Les manœuvres ainsi dénoncées peuvent être comparées à la notion de dol telle qu'elle existe en droit français. Si, à l'origine, seule était envisagée la tromperie relative à l'âge, sur l'impulsion de la *law commission*, celle-ci a été étendue à tout élément matériel visant à induire son cocontractant en erreur <sup>5</sup>. La possibilité de remettre en cause un acte sur le fondement de son caractère préjudiciable, a également été exclue à l'égard des actes ratifiés, après la majorité, de manière expresse et en connaissance de cause <sup>6</sup>, ainsi qu'à l'égard des actes qui auraient été ratifiés par le juge <sup>7</sup>. La volonté du prémajeur ou du jeune majeur de faire produire à l'acte l'ensemble de ses effets juridiques, en

---

<sup>1</sup> Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.115, p. 39.

<sup>2</sup> « ... (d) the bringing or defending of, or the taking of any step in civil proceedings », section 3(3)(d) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Cette capacité est acquise en vertu de la maturité de l'enfant, voir *supra*. Pour plus de détails sur la capacité procédurale du mineur voir infra partie II.

<sup>3</sup> « *We tend to the view that any prejudice suffered by a young person by his participation in court proceedings is best remedied, if appropriate, either by action against his professional adviser or by taking further steps in the court action itself* », Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.116, p. 39.

<sup>4</sup> « ... (g) a transaction into which any other party was induced to enter by virtue of any fraudulent misrepresentation by the applicant as to age and other material fact », section 3(3)(g) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.122, p. 41.

<sup>6</sup> « ... (h) a transaction ratified by the applicant after he attained the age of 18 years and in the knowledge that it could be subject of an application to the court under this section to set it aside », section 3(3)(h) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>7</sup> « ... (j) a transaction ratified by the court under section 4 below », section 3(3)(j) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

dépit du fait que celui-ci puisse être remis en cause, interdit ainsi toute action postérieure sur le fondement de son caractère préjudiciable.

**312.** En **droit écossais**, le prémajeur se voit reconnaître une capacité pleine et entière en matière procédurale <sup>1</sup>, aussi lui seul dispose de la qualité pour agir. En effet, cette action ne saurait être intentée par ses parents, qui ne disposent à son égard que d'un devoir de conseil <sup>2</sup>. Dans l'hypothèse où le jeune majeur serait décédé, placé sous protection, ou se trouverait en déconfiture, cette action peut néanmoins, être intentée par son exécuteur testamentaire, son tuteur ou son *trustee* avant la date de son vingt-et-unième anniversaire <sup>3</sup>.

**313.** La limite d'âge pour intenter une action en remise en cause de l'acte passé en prémajorité a été fixée à vingt-et-un ans par le législateur écossais. La *law commission* écossaise a en effet estimé que prescrire ce droit d'action à la majorité de l'enfant <sup>4</sup> serait trop sévère à l'égard du jeune majeur, notamment au regard des actes passés quelques mois avant la majorité <sup>5</sup>. Par ailleurs, la proposition de fixer un délai pour agir d'un an à compter de l'acte a été rejetée, dans la mesure où elle plaçait le prémajeur ayant contracté à seize ans, dans l'obligation d'agir avant sa majorité <sup>6</sup>. Enfin, un équilibre devait être recherché avec l'aspiration légitime des cocontractants du prémajeur à la sécurité contractuelle<sup>7</sup>. Si la *law commission* est arrivée à la conclusion selon laquelle « *un délai de réflexion raisonnable devait être accordé au jeune majeur* » <sup>8</sup>, elle a néanmoins estimé que retenir l'âge de vingt-et-un ans, comme terme du délai de prescription de l'action en remise en cause de l'acte préjudiciable, permettait d'obtenir un équilibre satisfaisant entre les différents intérêts en présence <sup>9</sup>. En effet, ce terme fait courir un délai minimum de trois ans

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 901.

<sup>2</sup> Section 1(1)(b)(ii) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>3</sup> « (...) *such application may instead be made by that person's executor, trustee in bankruptcy, trustee acting under a trust deed for creditor, or curator bonis, at any time prior to the date on which that person attains or would have attained the age of 21 years* », section 3(4) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Il est à noter ici que la *law commission* écossaise a expressément exclus que cette action puisse être directement intentée par les créancier du mineur en déconfiture. Voir *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.110, p. 37.

<sup>4</sup> Celle-ci est fixée à dix-huit ans, voir *supra* n° 266.

<sup>5</sup> *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.109, p. 37.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> « *A reasonable time must be allowed for the young person to reconsider his position after the age of 18* », *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

à compter de l'acte, pour les actes passés en fin de prémajorité <sup>1</sup>, ce qui apparaît à nos yeux un délai raisonnable de réflexion pour le jeune majeur <sup>2</sup>. Enfin, ce terme porte à cinq ans à compter de l'acte, le délai maximum d'action pour les actes passés en début de prémajorité. Ce délai maximum n'a pas été considéré comme excessif par la *law commission*, dans la mesure où il coïncide avec le délai de prescription de droit commun <sup>3</sup>.

**314.** Les effets de la remise en cause de l'acte préjudiciable sont identiques à ceux de la nullité pour les actes passés par un mineur avant l'âge de seize ans (*void contracts*) <sup>4</sup>. Ainsi, l'acte préjudiciable sera anéanti rétroactivement. Le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, en abolissant les dispositions relatives à l'action en rescision pour lésion à l'égard des mineurs <sup>5</sup>, a également supprimé le régime de faveur dont ils bénéficiaient en matière de restitution. Ainsi, le prémajeur, comme le mineur de moins de seize ans, sera tenu à restitution sur un fondement quasi-contractuel comme le serait un majeur. Les règles de *unjustified enrichment*, directement tirées de l'application de mesures d'*Equity (equitable remedies)* pourront être utilisées afin de tempérer les effets excessifs de la restitution à l'égard du prémajeur et permettront de rétablir si nécessaire l'équité entre les ex-cocontractants <sup>6</sup>.

**315.** Le régime de la remise en cause des actes préjudiciables passés par le prémajeur assure à ce dernier une protection suffisante et raisonnable de ses intérêts, sans toutefois lui conférer un pouvoir exorbitant tiré de sa minorité. Il s'agit en effet de mettre le prémajeur, juridiquement capable, face à ses responsabilités, tout en lui offrant la possibilité de corriger les effets de son

---

<sup>1</sup> Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.109, p. 37.

<sup>2</sup> Il est à noter cependant que le terme de l'âge de vingt-et-un ans réduit d'un an, le délai de prescription, par rapport à l'action en rescision pour minorité et lésion qui existait avant la réforme de 1991. Cette action pouvait en effet en application du *quadriennium utile*, être intentée pendant quatre ans à compter de la majorité.

<sup>3</sup> Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.109, p. 37.

<sup>4</sup> *Idem*, para. 3.111, p. 37. Pour plus de détails sur le contrat nul en droit écossais voir *supra* n° 287.

<sup>5</sup> Section 1(5) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>6</sup> Voir sur ce point W. W. McBryde, *The law of contract in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 2001, para. 3-15, p. 31, et les recommandations de la *law commission* écossaises, Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.34-3.37.

inexpérience. Néanmoins, il dispose cependant dans une certaine mesure de la faculté d'affirmer sa volonté d'être engagé par l'acte.

**316.** En effet, le droit écossais offre au jeune majeur la possibilité de ratifier un acte préjudiciable passé en prémajorité <sup>1</sup>. À l'instar du droit français la ratification de l'acte peut être expresse ou bien résulter du comportement du jeune majeur <sup>2</sup>. Celle-ci produit des conséquences graves pour le jeune majeur puisqu'elle interdit, postérieurement, toute action en remise en cause. Pour cette raison, il est apparu indispensable à la *law commission* de prévenir à l'égard du jeune majeur, la perte d'un droit à agir en justice en raison de son ignorance ou d'une mauvaise appréciation des implications légales de la ratification. Aussi, sur son influence, la validité de la ratification volontaire, qu'elle soit expresse ou tacite, a été soumise à l'exigence de la connaissance par le jeune majeur de son droit à demander en justice la remise en cause de l'acte <sup>3</sup>. Pour être valable, l'acte de ratification ne doit pas être équivoque, ne doit pas être entaché d'erreur, ni avoir été provoqué par la tromperie <sup>4</sup>. L'acte ratifié par le jeune majeur, à la différence de l'acte adopté <sup>5</sup>, produira ses effets juridiques à compter de sa conclusion.

Le droit écossais offre également la possibilité au prémajeur, et à son cocontractant, de demander en justice la ratification par anticipation d'un acte qu'ils s'appêtent à conclure <sup>6</sup>, laquelle peut s'apparenter à une procédure d'homologation judiciaire ou d'autorisation à agir en droit français. Il s'agit, au moyen de cette procédure, de consolider le contrat et de le rendre inattaquable sur le fondement de son caractère préjudiciable. Cette procédure concerne principalement des contrats ayant des implications économiques conséquentes,

---

<sup>1</sup> Section 3(3)(h) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>2</sup> *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.126, p. 42.

<sup>3</sup> « *The young person must know of his right of challenge before his approval of the transaction can be effective* », *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.127, p. 42. Cf *supra* n° 286, l'adoption (*adoption*) d'un acte *void* par un mineur est également soumise à sa connaissance de l'annulabilité de l'acte.

<sup>4</sup> *Scottish Law Commission Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.127, p. 42.

<sup>5</sup> Cf *supra* n° 286.

<sup>6</sup> « *Where a person of or over the age of 16 years but under the age of 18 years proposes to enter into a transaction which if completed, could be the subject of an application to the court under section 3 above to set aside, all parties to the proposed transaction may make a joint application to have it ratified by the court* », section 4(1) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*. Les *sheriff Courts* et la *Court of Session* sont compétentes pour ratifier les actes passés par un prémajeur, en vertu de la section 4(3)(a) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

comme par exemple l'achat ou la vente d'un bien immobilier <sup>1</sup>, pour la conclusion desquels un contractant majeur pourrait avoir des réticences à traiter avec un prémajeur. La *law commission* a ainsi entendu offrir au cocontractant du prémajeur le moyen de sécuriser sa transaction, en faisant disparaître le risque qu'elle soit remise en cause par le prémajeur avant ses vingt-et-un ans <sup>2</sup>. Il ne s'agit cependant pas de donner un blanc-seing aux cocontractants. En effet, les termes et conditions de l'acte doivent déjà avoir été arrêtés par les parties, afin que ceux-ci puissent être soumis au juge <sup>3</sup>. Ainsi, la ratification judiciaire ne vaut pas pour une catégorie d'acte, mais pour un acte en particulier au vu d'un contexte particulier. En effet, l'homologation par le juge est soumise à la condition du caractère raisonnable de l'acte envisagé. Aussi, le juge sera tenu d'examiner si l'acte est de ceux « *qu'un adulte exerçant une prudence raisonnable aurait conclu dans les circonstances où se trouve le prémajeur* » <sup>4</sup>. Les juges se réfèrent ainsi directement au standard objectif de l'homme raisonnable (*reasonable man*) pour procéder à cette appréciation <sup>5</sup>. L'utilisation de ce critère implique, par défaut, l'examen du caractère préjudiciable de l'acte à l'égard du prémajeur <sup>6</sup>. La procédure de ratification a été simplifiée au maximum et prend la forme d'une *summary application*, laquelle peut être examinée sur le champ par le juge ou bien être traitée en vertu d'une procédure accélérée. En effet, la *law commission* a entendu favoriser l'efficacité et la praticité de cette procédure. En effet, elle a jugé que la perspective d'une instance ordinaire, et de sa lenteur, aurait un effet dissuasif et serait un obstacle au commerce juridique entre majeurs et prémajeurs <sup>7</sup>. Le fait que la décision du juge en la matière soit irrévocable <sup>8</sup>, participe du même esprit. Ainsi, si le juge ratifie par anticipation l'acte projeté, les parties peuvent contracter comme le feraient deux majeurs. Le prémajeur ne peut plus alors remettre en cause l'acte dans la mesure où ses intérêts apparaissent suffisamment protégés, par le contrôle judiciaire du caractère

---

<sup>1</sup> Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.129, p. 43.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> « *The Court shall not grant the application under this section if it appears to the court that an adult, exercising reasonable prudence and in the circumstances of the person referred to in subsection 1 above [a person of or over the age of 16 years but under the age of 18 years], would not enter into the transaction* », section 4(2) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> Ce standard est comparable à celui du bon père de famille qui est utilisé en droit français.

<sup>6</sup> Voir en ce sens G. Jamieson ed., *Scottish family law legislation*, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2002, para. A.827.2.

<sup>7</sup> Scottish Law Commission *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edimbourg 1987, para. 3.133, p. 44.

<sup>8</sup> Section 4(3) *in fine* du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

raisonnable de l'acte envisagé. Si le juge refuse de ratifier l'acte, le cocontractant du prémajeur se retrouve alors face à un choix. Il peut refuser de contracter avec le prémajeur ou bien contracter avec lui en prenant le risque que celui-ci exerce son droit de remettre en cause l'acte avant d'atteindre l'âge de vingt-et-un ans s'il s'avère préjudiciable.

La recherche d'un point d'équilibre entre la capacité accordée de manière automatique au prémajeur et la protection de ses intérêts et de ceux de son concontractant, n'est pas chose aisée. Cependant, la ratification judiciaire par anticipation apparaît à nos yeux comme un outil intéressant et efficace lorsqu'il est question pour le prémajeur d'exercer la capacité juridique qui lui a été reconnue en dehors de la sphère des actes usuels. Pour reprendre les propos du professeur Grimaldi, en effet, « *tous les mineurs n'ont pas la même vie courante* »<sup>1</sup>, et il est plus que louable pour le législateur d'avoir tenté de résoudre les difficultés liées à l'entreprise, par le prémajeur, d'une activité juridique à risque.

---

<sup>1</sup> M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'études et de recherche appliquée au droit privé de l'université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, LGDJ Paris 1991, p. 109.



## *Conclusion du Titre II*

**317.** Dans les trois systèmes étudiés, la capacité juridique qui est reconnue au mineur dépasse largement le domaine strictement prévu par la loi. En effet, les droits français, anglais et écossais utilisent des notions relativement souples, telle que celle de l'usage ou celle des *necessaries*, afin de faire varier *in abstracto* la capacité reconnue à l'enfant, au regard de l'évolution de la société. Si, de manière tout à fait spécifique, le droit anglais confère une capacité contractuelle élargie au mineur, il apparaît que les trois systèmes se rejoignent pour relever le mineur de son incapacité pour la réalisation d'actes de la vie courante. Cette notion nous apparaît devoir être comprise, dans chacun des systèmes étudiés, comme regroupant les actes habituellement accomplis par un mineur, à la lumière de sa condition et de ses moyens financiers, et sous réserve qu'ils ne lui nuisent point.

Par ailleurs, dans les droits français, anglais et écossais, le mineur voit également sa capacité juridique consacrée pour la réalisation d'actes juridiques de nature personnelle. L'enfant se voit ainsi reconnaître, sans condition en droit français, et sous condition de sa maturité dans les droits anglais et écossais, la maîtrise de sa liberté de procréer, et des effets juridiques qui en découlent.

**318.** Les trois systèmes étudiés tentent, chacun à sa façon, de faire coïncider la capacité naturelle de l'enfant avec sa capacité juridique. Aussi, tous font produire un effet émancipateur à la constatation de sa maturité chez l'enfant. Toutefois, il apparaît que la manière de procéder à cette constatation, tout comme l'étendue de la capacité ainsi conférée à l'enfant, varient considérablement d'un système à l'autre. Ainsi, à la différence du droit français, les droits anglais et écossais ont tous deux mis à la disposition des interlocuteurs de l'enfant un test de maturité spécifique. Ce test vise à uniformiser, autant que possible, la détermination de la maturité chez l'enfant en établissant une procédure objective pour son appréciation. Les tests de maturité ainsi établis sont des outils intéressants tant par la simplicité de leur utilisation, que par l'uniformité raisonnable qu'ils apportent à l'usage de la maturité de l'enfant comme critère émancipateur. En droit anglais, le recours au test de maturité Gillick n'est pas restreint, ce qui vient renforcer son efficacité. Ainsi, l'acquisition de la maturité par l'enfant produit des effets directement sur l'exercice de la responsabilité parentale à son égard. Par conséquent, en droit anglais, le test de maturité Gillick permet, à titre général, de

faire évoluer la capacité de l'enfant, dans les limites, bien comprises, de la sa protection. Le droit écossais, en revanche, a limité l'utilisation du test de maturité au domaine spécifique du consentement à l'acte médical. En droit français, enfin, le rôle émancipateur du discernement chez l'enfant ne produit que des effets très limités, et celui-ci ne permet pas de relever le mineur de son incapacité d'exercice. En effet, son discernement permettra tout au plus à l'enfant de participer à la prise de décision le concernant.

**319.** À côté des dispositions qui consacrent une acquisition progressive de la capacité en fonction de la maturité de l'enfant, les trois systèmes étudiés ont cherché à répondre aux velléités d'autonomie des adolescents en anticipant la majorité. Les capacités civiles anticipées doivent alors être distinguées des prémajorités. En effet, les trois systèmes accordent ponctuellement à l'enfant la capacité d'accomplir des actes de nature très diverse, en fonction de seuils d'âge déterminés au regard de la maturité moyenne nécessaire à leur réalisation. Les seuils d'âges mis en évidence ne sont pas suffisamment distincts ou similaires pour qu'une comparaison entre eux puisse être véritablement satisfaisante. Il apparaît par ailleurs, que les capacités d'exercice ainsi conférées par anticipation résultent pour une grande partie de considérations historiques, propres à l'évolution de chacune des sociétés. Enfin, ces seuils d'âge n'affectent pas le principe général d'incapacité d'exercice du mineur. Par conséquent, ces pré-capacités ne doivent pas être confondues avec les prémajorités qui ont été mise en place dans les droits français et écossais. En effet, ces dernières constituent une véritable anticipation de la majorité dans la mesure où le prémajeur acquiert une capacité juridique pleine et entière, qui couvre la quasi-totalité de son activité juridique. Si les pré-capacités n'altèrent pas le fonctionnement général du régime d'incapacité, la prémajorité au contraire fait sortir le mineur de sa condition d'incapable. De longue date, le droit français recourt à la technique de la prémajorité sur la base d'une démarche volontaire. Ainsi, le mineur de seize ans peut être émancipé sur décision du juge, à la demande de ses représentants légaux. Le droit écossais, quant à lui, a fait le choix d'organiser son régime de minorité autour d'une prémajorité acquise à l'âge de seize ans. À compter de cet âge le mineur écossais devient capable d'accomplir l'ensemble des actes juridiques qui sont ouverts aux majeurs. Néanmoins, l'automatisme de cette prémajorité nécessite que des mesures de protection spécifique subsistent à l'égard du prémajeur, afin de ne pas sacrifier sa protection à son autonomie.

**320.** De manière générale, chacun des systèmes étudiés organise, en vertu de dispositifs spécifiques, la protection du mineur capable, en facilitant la remise en cause des actes juridiques qui lui sont préjudiciables.

**321.** Dans les droits français, anglais et écossais, le juge est l'acteur principal de la protection de l'enfant dans l'exercice de sa capacité. En effet, la protection *a posteriori* du mineur ne trouve à s'exercer que par le biais d'une instance judiciaire, dont l'issue sera la remise en cause de l'acte juridique conclu. Les solutions apportées par les différents systèmes étudiés à la protection du mineur capable divergent, non seulement en raison de traditions juridiques différentes, mais également selon le degré d'autonomie que chacun d'eux a reconnu à l'enfant.

**322.** Ainsi, le droit anglais a fait le choix de ne pas entraver l'exercice par le mineur de sa capacité naturelle quand bien même celle-ci trouverait à s'exercer pour la réalisation d'actes juridiques qui lui sont interdits. Ainsi, en raison, notamment, de l'absence dans ce système d'un régime d'incapacité au sens du droit civil, l'acte interdit ne se voit pas atteint de plein droit par la nullité. Celui-ci voit seulement ses effets limités, mais toujours au bénéfice du mineur. En droit anglais, la minorité constitue donc un véritable privilège, qui pourra éventuellement s'exercer, dans les limites de la théorie de l'*unjust enrichment*, à l'encontre du cocontractant.

Les droits français et écossais, en revanche, ont quant à eux structuré l'incapacité juridique de l'enfant. Aussi, dans ces deux systèmes, l'acte interdit, même conclu au bénéfice du mineur, se trouve de plein droit remis en cause, dans les limites de sa ratification par le jeune majeur ou de son *adoption* par le prémajeur. À la différence du droit anglais, dans les droits français et écossais, le mineur n'est pas un contractant privilégié. Les spécificités attachées au régime spécial de remise en cause par le mineur d'un acte juridique, apparaissent davantage fondées sur l'équité et la justice contractuelle que sur l'existence d'un privilège. Néanmoins, la volonté de ne pas faire peser sur le jeune majeur les erreurs commises durant sa minorité, le fait bénéficier, en droit français, de dispositions plus favorables au regard des restitutions attachées à la nullité de l'acte. En revanche, le droit écossais, en abrogeant les dispositions qui faisaient bénéficier le mineur d'un régime préférentiel en matière de restitution, est allé au bout de la logique de non-discrimination. Sans faire bénéficier le mineur d'un avantage au regard des restitutions, le patrimoine du futur majeur n'en est pas

pour autant sacrifié. En effet, le droit écossais, en recourant à la théorie de l'*unjust enrichment* pour régler les problèmes liés à la restitution des prestations, limite l'obligation de restitution à l'enrichissement du mineur. Ceci semble interdire que l'anéantissement de l'acte conduise à l'endettement consécutif du mineur.

**323.** Les trois systèmes étudiés offrent par anticipation au mineur une sphère d'autonomie, au sein de laquelle sa capacité naturelle à agir pourra être mise en œuvre sans entrave. Néanmoins, la vulnérabilité de l'enfant impose de maintenir à son égard une protection spécifique, qui subsistera jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la majorité. Ainsi, de manière commune aux trois systèmes, l'acte usuel, valablement accompli par le mineur, pourra être remis en cause s'il s'avère déraisonnable ou lésionnaire. En effet, l'acte déraisonnable en droit anglais et en droit écossais, peut valablement être comparé à l'acte lésionnaire en droit français. Si le standard de l'homme raisonnable reste présent à l'esprit des juges au moment de statuer, le droit anglais n'impose pas l'appréciation du caractère déraisonnable de l'acte au regard d'un standard de comportement. Dans les droits écossais et français, en revanche, c'est directement en référence au standard du bon père de famille, ou à celui de l'homme raisonnable, que les juges apprécient *a posteriori* la validité de l'acte. Comme pour l'appréciation de la lésion en droit français, l'appréciation du caractère raisonnable de l'acte est faite au regard tant du prix payé, que des termes de l'acte.

**324.** La capacité ainsi reconnue au mineur dans les droits anglais et écossais dépasse largement le domaine des actes usuels. En effet, le droit anglais reconnaît au mineur une capacité contractuelle élargie et le droit écossais fait accéder le mineur à la pleine capacité juridique à compter de l'âge de seize ans. Les actes réalisés dans ce contexte spécifique ne pourront être remis en cause que sur le fondement de leur caractère préjudiciable. En droit anglais, la remise en cause de l'acte sur ce fondement n'est autorisée que durant la minorité de l'enfant et pendant un temps raisonnable après la majorité. La nature particulière des contrats auxquels ce régime s'applique, lesquels sont principalement des contrats à exécution successive, implique que l'annulation du contrat ainsi demandée ne produise ses effets que pour l'avenir.

En droit écossais, l'instauration d'un nouveau régime de remise en cause de l'acte conclu par le prémajeur, sur le fondement de son caractère préjudiciable, est allée de paire avec l'abolition des dispositions relatives à la rescision pour lésion des actes conclus au cours de la minorité. Le régime alors mis en place par le *Age of*

*Legal Capacity (Scotland) Act 1991* a totalement réorganisé la matière. Ainsi, cette action n'est ouverte que pour les actes passés par le prémajeur. Elle doit être intentée avant l'âge de vingt-et-un ans, âge à compter duquel elle se trouve prescrite. Afin d'uniformiser le traitement juridique de l'annulation de l'acte passé en minorité, le droit écossais, à l'instar des dispositions qui s'appliquent aux actes passés par un mineur de moins de seize ans, a assorti à l'existence d'un préjudice substantiel subi par le prémajeur, l'exigence du caractère déraisonnable de l'acte. Toutefois, conscient de l'insécurité juridique créée par l'existence de ce régime spécifique de remise en cause et afin, notamment, de ne pas entraver l'activité juridique du prémajeur lorsqu'elle viendrait à s'exercer pour la réalisation d'actes graves, le législateur écossais a offert la possibilité au prémajeur et à son cocontractant, de faire ratifier judiciairement par anticipation l'acte juridique projeté. Cette technique, qui peut être comparée à l'autorisation donnée par le juge des tutelles, en droit français, pour la réalisation d'un acte grave, nous semble offrir les meilleures garanties de protection au prémajeur, sans entraver sa capacité naturelle à agir.



## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

**325.** L'étude de la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais au regard de la réalisation d'actes juridiques de nature extra-judiciaire, nous a conduite à mettre en évidence les différences et les similitudes qui existent entre ces trois systèmes, dans leur traitement de la minorité. Tous cherchent d'une manière ou d'une autre le moyen de faire coïncider au mieux la capacité naturelle de l'enfant avec sa capacité juridique. À la différence du droit anglais, les droits français et écossais, en raison notamment de leurs racines tirées du droit romain, tentent de parvenir à cette fin par l'organisation d'un régime d'incapacité suffisamment flexible pour assurer à la fois la protection de l'enfant et le respect de ses velléités d'autonomie. Une combinaison des différentes approches de la condition juridique du mineur opérée par ces trois systèmes permettrait sans doute de créer un régime de la minorité qui satisferait pleinement aux attentes actuelles en la matière. En effet, les différentes techniques utilisées par les trois systèmes sont, dans leur ensemble, convaincantes et ont toutes par l'un ou l'autre de leurs aspects un caractère attrayant pour le juriste. Il n'en demeure pas moins que le traitement juridique de la minorité demeure profondément ancré dans la tradition et l'histoire juridique d'un système. Il nous faut alors admettre que ces trois approches fonctionnent, et dans leur ensemble de manière plutôt satisfaisante.

**326.** La capacité de l'enfant pour la réalisation d'actes juridiques de nature personnelle, voire touchant à son intimité, est en voie d'être entièrement consacrée au sein des trois systèmes étudiés. Cette consécration s'avère, à nos yeux, indispensable, tant l'atteinte aux libertés du mineur en ce domaine nous semble intolérable. Le respect de la personne de l'enfant, tant dans son aspect physique que moral, est une condition *sine qua non* de son épanouissement et de son développement personnel. Celui-ci exige qu'une autonomie totale lui soit donnée en la matière. La seule limite à cette autonomie nous semble devoir être l'impératif de protection de l'enfant.

**327.** En dehors de la sphère des actes de nature personnelle, le traitement juridique des actes patrimoniaux réalisés par le mineur nous semble pouvoir s'accorder des spécificités nationales. En effet, l'activité juridique du mineur a alors des répercussions sur les tiers et par conséquent sur le fonctionnement général de la société. Une organisation de la minorité en deux phases aurait à ce titre notre préférence. La représentation de l'enfant nous semble être le système le

plus protecteur des intérêts de l'*infans*, et son fonctionnement nous satisfait pleinement à leur égard. Cependant, la mise en place d'une zone tampon entre l'incapacité et la capacité est dotée à nos yeux d'avantages incontestables. En effet, l'instauration d'un régime de curatelle des mineurs, idéalement à compter de l'âge de quatorze ans, permettrait la mise en œuvre d'une véritable période d'apprentissage de l'autonomie, dont les bénéficiaires continueraient certainement à se produire au-delà du seuil de la majorité. Le maintien d'une prémajorité volontaire, à compter de l'âge de seize ans, sur le modèle de l'émancipation, permettrait alors de donner aux plus aptes le pouvoir juridique que leur capacité naturelle leur permet d'exercer.

**328.** Le traitement juridique de la condition du mineur ne peut se restreindre à l'étude de la réalisation d'actes civils. En effet, dans chacun des systèmes étudiés, des droits procéduraux ont été reconnus à l'enfant. L'étude de la capacité de l'enfant se poursuit donc par celle de sa capacité procédurale. Celle-ci s'intègre, dans chacun des systèmes, au régime général qui organise la capacité du mineur. Néanmoins, elle revêt un caractère spécifique dans la mesure où les dispositions qui l'organisent ont un caractère spécial et ne peuvent être que d'application ponctuelle. En effet, la plus grande majorité des enfants ne sont jamais confrontés au monde judiciaire. Par ailleurs, la matière procédurale apparaît à nos yeux à la limite entre l'acte de nature personnelle et l'acte patrimonial. Son étude nécessite par conséquent un traitement spécifique.

**DEUXIÈME PARTIE :**  
**LA CAPACITÉ DE L'ENFANT DANS LES PROCÉDURES JUDICIAIRES**

---

**329.** L'étude de la capacité juridique de l'enfant englobe celle qui lui a été accordée afin de faire valoir ses droits dans le cadre d'une instance. Néanmoins, les spécificités attachées au droit procédural nécessitent que son étude soit distinguée. En effet, si les mécanismes juridiques mis en place afin de pallier l'incapacité procédurale du mineur sont identiques à ceux qui sont utilisés pour la réalisation d'actes juridiques extra-judiciaires, à savoir la représentation ou l'assistance, leur technicité exige de les placer dans le contexte de l'instance au cours de laquelle ils sont mis en œuvre. Par ailleurs, il nous faut également prendre en compte un aspect particulier du droit procédural qui permet à l'enfant de prendre part à une instance le concernant sans toutefois bénéficier du statut de partie à la procédure. Il disposera alors d'un droit à être entendu et à prendre part au processus décisionnel, sans pour autant défendre un droit substantiel propre, si ce n'est celui d'être consulté. L'exercice de ce droit procédural implique la reconnaissance d'un pouvoir à l'enfant et partant d'une sphère de capacité. Ainsi, nous étudierons d'abord la capacité procédurale du mineur concerné par la procédure (Titre I), avant d'étudier la capacité qui lui est accordée en tant que partie à la procédure (Titre II).



## TITRE I. LE MINEUR CONCERNÉ PAR LA PROCÉDURE

---

**330.** La ratification, par les trois systèmes étudiés, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant a eu une influence significative sur les droits procéduraux qui lui ont consécutivement été reconnus. En effet, l'article 8 de la Convention de New York est celui qui a été intégré en priorité dans ces systèmes. Ainsi, le droit de l'enfant à être entendu dans le cadre des procédures le concernant a été consacré dans les droits français, anglais et écossais. Entendre l'enfant signifie d'abord lui offrir la possibilité de donner son avis sur la décision qui est envisagée. Aussi, chacun à sa manière, les trois systèmes étudiés ont organisé le recueil des souhaits et sentiments de l'enfant dans la procédure le concernant. Il apparaît alors que les modalités du recueil de l'avis de l'enfant peuvent prendre soit la forme d'une audition directe de l'enfant par le juge, soit la forme d'une consultation indirecte (Chapitre 1). Entendre l'enfant c'est aussi lui permettre de participer activement à la détermination de son intérêt lorsque celui-ci est le critère qui doit emporter la décision du juge. La place accordée à l'enfant dans la recherche de son intérêt pourra ainsi varier selon que le degré de capacité que chacun des systèmes est prêt à lui reconnaître en la matière (Chapitre 2).



## Chapitre 1. Le recueil des souhaits et des sentiments de l'enfant

**331.** Dans chacun des systèmes étudiés, organiser la consultation de l'enfant dans les procédures qui le concerne, participe de la mise en œuvre en droit interne de l'article 12 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant en vertu duquel « *les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ».

**332.** La section 1(3) du *Children Act 1989* a introduit cette disposition en droit anglais. Le législateur français, à la suite de l'arrêt *Le Jeune*<sup>1</sup>, a introduit dans le Code civil les articles 388-1 et 388-2<sup>2</sup>, qui organisent le régime de l'audition de l'enfant. En droit écossais, le principe du recueil de l'avis du mineur dans la procédure le concernant a été posé par les sections 11(7)b et 16(12) du *Children (Scotland) Act 1995*<sup>3</sup>.

**333.** Si les trois systèmes se rejoignent quant aux conditions de participation de l'enfant à la procédure (section 1), la mise en œuvre de la consultation de l'enfant peut revêtir des formes diverses (section 2).

### Section 1. Les conditions de la participation de l'enfant à la procédure

**334.** L'étude de la participation de l'enfant à la procédure le concernant s'organise autour d'un axe objectif, à savoir l'analyse des procédures qui prévoient la consultation de l'enfant (§1) et autour d'un axe subjectif, relatif à la personne même de l'enfant qui se voit ouvrir le droit à être consulté (§2).

---

<sup>1</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 10 mars 1993 *Bull. civ.*, I, n° 103 ; D. 1993, 361, note Massip ; *J.C.P. G* 1993, I, 3688 n° 4 obs. Rubellin-Devichi.

<sup>2</sup> Par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993.

<sup>3</sup> La section 16(12) du *Children (Scotland) Act 1995* s'applique dans le cadre spécifique des procédures de protection de l'enfant, les *public law proceedings*, qui accordent comme en droit français une place toute particulière à l'enfant.

## § 1. Les procédures prévoyant la consultation de l'enfant

**335.** Le principe de l'audition de l'enfant est affirmé avec force dans chacun des systèmes étudiés (A). Cependant, la mise en œuvre de ce droit pour l'enfant est restreinte par l'accès encore limité du mineur à la connaissance de son droit d'expression (B).

### A. La force obligatoire du principe d'audition de l'enfant dans la procédure

**336.** L'article 388-1 du Code civil pose, en **droit français**, le principe de la consultation de l'enfant dans « *toute procédure le concernant* ». Par la généralité de ses termes, ce texte peut s'appliquer à un nombre important de procédures. Les procédures relatives au divorce ou à la séparation des parents sont les premières visées par cet article. En effet, il est expressément prévu par l'article 373-2-11 du Code civil que dans le cadre d'une procédure de divorce, lorsque le juge statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il doit prendre en considération les « *sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1* »<sup>1</sup>. La Circulaire du 3 mars 1993<sup>2</sup> a toutefois été très claire sur le fait que les procédures visées par l'article 388-1 du Code civil ne doivent pas être limitées à celle de divorce ou de séparation des parents ; celles-ci englobent « *l'ensemble des instances dans lesquelles les intérêts du mineur sont en jeu* ». Les intérêts du mineur dans la procédure doivent être « *personnels, directs et certains* »<sup>3</sup>, et ils peuvent revêtir un caractère patrimonial<sup>4</sup> ou extra-patrimonial. L'article 388-1 du Code civil mis à part, le droit français impose l'audition personnelle de l'enfant par le juge dans un certain nombre d'hypothèses, tout particulièrement dans les procédures visant à sa protection.

---

<sup>1</sup> Article 373-2-11 2° du Code civil.

<sup>2</sup> Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, dans sa partie IV art. 1.1.2.

<sup>3</sup> *ibidem*.

<sup>4</sup> La Circulaire du 3 mars 1993 donne comme exemple une procédure relative au changement de régime matrimonial des parents de l'enfant mineur.

**337.** L'article 1183 du Nouveau Code de procédure civile fait de l'audition du mineur dans la phase d'instruction d'une procédure d'assistance éducative une obligation légale <sup>1</sup>. La seule restriction posée à ce principe vise le cas où « *l'âge ou l'état* » du mineur ne le permet pas. La jurisprudence a été amenée à préciser ce qu'il fallait entendre par « état ». Dans un arrêt du 20 février 1985 <sup>2</sup>, la Cour de cassation a jugé que le juge des enfants pouvait écarter cette audition « *lorsque l'âge, la santé ou les facultés mentales de l'enfant rendent cette audition impossible, mais encore lorsque celle-ci serait de nature à compromettre sa santé ou son état mental* ». L'état futur du mineur est pris en considération, l'audition de l'enfant est à écarter si elle risque de causer un traumatisme à l'enfant. L'article 1189 al 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile semble également imposer l'audition du mineur dans la procédure d'assistance éducative au jour de l'audience <sup>3</sup>. Il semble cependant que la jurisprudence ait interprété cette disposition comme revêtant un caractère facultatif. Dans un arrêt du 29 mai 1985 <sup>4</sup>, la Cour de cassation retient qu'il « *appartient au juge de l'assistance éducative de décider si ce mineur, dont la convocation, l'assistance et l'audition ne sont que facultatives, doit assister à tout ou partie des débats et s'il y a lieu ou non de procéder à son audition* ». Obligation légale au stade de l'instruction, l'audition de l'enfant est laissée à la discrétion du juge au stade de l'audience dans la procédure d'assistance éducative.

**338.** Avant, que la procédure de légitimation par autorité de justice ne soit supprimée par l'Ordonnance du 4 juillet 2005 <sup>5</sup>, l'article 333-3 du Code civil, imposait également au juge de recueillir les observations de l'enfant avant de rendre sa décision, qui était laissée à son appréciation souveraine <sup>6</sup>. L'audition de l'enfant visait à apporter au juge un certain nombre d'éléments afin de l'aider à apprécier l'opportunité de cette décision.

Enfin, l'article 477 alinéa 2 du Code civil impose l'audition de l'enfant au cours de l'instance qui vise à son émancipation. L'audition du mineur par le juge est une obligation légale dans le cadre de cette procédure.

**339.** L'ensemble des procédures qui font de la consultation de l'enfant une obligation légale concerne directement le mineur. L'enfant étant le principal

---

<sup>1</sup> « *Il entend le mineur à moins que l'âge ou l'état de celui-ci ne le permette pas* » NCPC, art 1183 al 1<sup>er</sup> *in fine*.

<sup>2</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 20 février 1985 *Gaz. Pal.* 1985, 2, 756.

<sup>3</sup> « *À l'audience le juge entend, le mineur, ses père et mère...* », NCPC, art 1189 al 1<sup>er</sup>.

<sup>4</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 29 mai 1985, *Bull. civ.*, I, n° 164 ; *Gaz. Pal.* 1985, 2, 756 ; *Deffrénois* 1985, 1398 note Massip.

<sup>5</sup> Ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation.

<sup>6</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 9 avril 1981, *Bull. civ.*, I, n° 375.

intéressé par la décision, il n'aurait pas été envisageable qu'il n'y participe pas. Le droit français a fait de l'audition du mineur une mesure à caractère unique. En effet, elle place l'enfant au cœur de la procédure, sans pour autant lui donner le statut de partie <sup>1</sup>. L'enfant est entendu mais ne dispose d'aucun pouvoir procédural. Il participe à la prise de décision le concernant mais ne peut influencer sur celle-ci qu'en convainquant le juge lors de son audition, d'où l'importance de cette mesure. Il lui est en effet impossible de remettre en cause la décision le concernant, car il ne dispose pas de la capacité juridique pour le faire.

**340.** En **droit anglais**, la section 1(3)a du *Children Act 1989* fait du recueil des « *souhaits et sentiments de l'enfant, dont il est possible de s'assurer* » un élément nécessaire à la mise en œuvre de certaines procédures le concernant <sup>2</sup>. Ainsi, les souhaits et sentiments de l'enfant font partie des éléments que la loi impose au juge de prendre en considération lorsqu'il est amené à déterminer la question du bien-être de l'enfant dans une procédure le concernant <sup>3</sup>.

**341.** Les procédures en question sont détaillées dans la section 1(4) du *Children Act 1989*. Les souhaits et sentiments du mineur doivent obligatoirement être recueillis lorsque le juge doit statuer au contentieux <sup>4</sup> sur une demande visant à obtenir la mise en œuvre, la modification ou la caducité d'une ordonnance prévue par la section 8 du *Children Act 1989* <sup>5</sup>. Ces ordonnances sont au nombre de quatre. Il est possible d'obtenir sur leur fondement, la résidence habituelle de l'enfant concerné (*residence order*), un droit de visite et d'hébergement (*contact order*), une injonction de ne pas faire à l'encontre de la partie adverse (*prohibited step order*) <sup>6</sup>, la résolution d'une question spécifique (*specific issue order*).

---

<sup>1</sup> Article 388-1 al. 3 du Code civil.

<sup>2</sup> « *In the circumstances mentioned in subsection (4) a court shall have regard in particular to (a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding)* », section 1(3)(a) du *Children Act 1989*.

<sup>3</sup> Le recueil des souhaits et des sentiments de l'enfant appartient à la *statutory check list*. La section 1(3)(a) du *Children Act 1989* dresse une liste détaillée mais cependant non exhaustive, d'éléments que le juge doit impérativement examiner lorsqu'il statue sur le bien-être de l'enfant. Voir détails *infra* n° 457.

<sup>4</sup> Littéralement « *une demande contestée par une autre partie à la procédure* ».

<sup>5</sup> « *The circumstances are that*

*(a) the court is considering whether to make, vary or discharge a section 8 order, and the making, variation or discharge of the order is opposed by any party to the proceedings* », section 1(4) du *Children Act 1989*.

<sup>6</sup> Cette ordonnance a pour objectif d'interdire à l'une des parties la réalisation de certains actes concernant la vie de l'enfant. Elle est généralement utilisée en même temps qu'une ordonnance visant à la résolution d'une question spécifique. Relèvera de cette catégorie d'ordonnances, toute décision relative à la vie de l'enfant qui n'est pas la résidence habituelle, ou l'exercice d'un droit de visite. Son domaine d'application est donc très étendu. Par exemple, une décision qui réglerait la question de savoir quel nom de famille l'enfant portera, relèverait du domaine de la *specific issue*

**342.** La seconde hypothèse dans laquelle les souhaits et les sentiments du mineur doivent être recueillis concerne la procédure par laquelle le juge doit statuer sur la mise en œuvre, la modification ou la caducité d'une ordonnance de protection et de surveillance de l'enfant <sup>1</sup> (*care and supervision order*). Cette dernière procédure se rapproche dans l'esprit de celle d'assistance éducative existant en droit français. Toutes ces ordonnances, de manière plus générale, encadrent l'ensemble des décisions qui peuvent être prises pour l'organisation de la vie quotidienne de l'enfant. Ces ordonnances peuvent être prises à l'égard de tout enfant, quelle que soit la situation matrimoniale de ses parents <sup>2</sup>.

**343.** En **droit écossais**, la section 11(7)b du *Children (Scotland) Act 1995* impose au juge de donner à l'enfant l'opportunité d'exprimer son avis dans un certain nombre de procédures. Les procédures visées sont celles qui sont relatives aux responsabilités parentales, aux droits parentaux, à la tutelle du mineur et à l'administration de ses biens <sup>3</sup>. Dans ces procédures, la loi impose au juge de donner à l'enfant l'opportunité d'indiquer s'il souhaite émettre un avis, et si tel est le cas, l'enfant doit se voir offrir la possibilité d'exprimer cet avis ; celui-ci étant alors pris en considération dans la décision <sup>4</sup>. Les règles de procédures écossaises <sup>5</sup> précisent la mise en œuvre de cette obligation. Ainsi, dès lors qu'un enfant a émis le

---

*order*. En même temps, le juge pourra rendre une ordonnance interdisant au parent dont l'enfant ne porte pas le nom, de faire procéder à une modification du nom de l'enfant. Cette ordonnance serait une *prohibited step order*. Pour plus de détails sur les ordonnances de la section 8 du *Children Act 1989* voir notamment Bainham, *Children the modern law*, 2<sup>e</sup> éd. Family law 1998, pp. 124 et s. ; S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para 19.001 et s, pp. 569 et s.

<sup>1</sup> La section 1(4) du *Children Act 1989* renvoie expressément aux ordonnances prises sur le fondement de la partie IV du *Children Act 1989*, laquelle est relative au placement de l'enfant sous protection et sous le contrôle du juge.

<sup>2</sup> En effet, le *Children Act 1989* s'applique à tous les enfants, sans aucune distinction. Le statut matrimonial des parents n'a aucune importance. L'esprit du *Children Act 1989* était de regrouper dans un seul ensemble l'intégralité des règles de droit applicables à l'enfant. Le législateur anglais a voulu donner un cadre cohérent à l'ensemble des règles éparses organisant la vie de l'enfant.

<sup>3</sup> « (...) *An order may be made under this subsection in relation to*

(a) *parental responsibilities ;*

(b) *parental rights ;*

(c) *guardianship ; or*

(d) *subject to section 14(1) and (2) of this Act, the administration of a child's property », section 11(1) du Children (Scotland) Act 1995.*

<sup>4</sup> « *The court (...) taking account of the child's age and maturity, shall so far as practicable*

(i) *give him the opportunity to indicate whether he wishes to express his views ;*

(ii) *if he does so wish, give him an opportunity to express them and*

(iii) *have regard to such views as he may express », section 11(7)(b) du Children (Scotland) Act 1995.*

<sup>5</sup> Règle 49.20 de l'*Act of sederunt (Rules of the Court of session 1994) 1994, SI 1994 n° 1443*, après amendement par l'*Act of Sederunt (Rules of the Court of Session Amendment n° 5) (Family actions and miscellaneous) 1996, SI 1996 n° 2587 ;* règle 33.19 de l'*Act of sederunt (Sheriff Court ordinary cause rules) 1993 SI 1993 n° 1956* après amendement par l'*Act of Sederunt (Family proceedings in the Sheriff court) 1996, SI 1996 n° 2167.*

souhait de s'exprimer dans la procédure le concernant, il appartiendra au juge de prendre toutes les mesures nécessaires au recueil de l'avis de l'enfant. Le juge ne pourra statuer sans avoir dûment pris en considération les sentiments ainsi exprimés <sup>1</sup>. Dans ces circonstances, le fait pour le juge de ne pas donner à l'enfant la possibilité de s'exprimer, où de ne pas prendre en compte les opinions ainsi exprimées, est un vice de procédure ouvrant la voie de l'appel <sup>2</sup>.

**344.** Dans le cadre des procédures visant à la protection de l'enfant <sup>3</sup>, la prise en compte de ses souhaits a également été prévue par la loi écossaise. La section 16(2) du *Children (Scotland) Act 1995* impose au *Children's Hearing* <sup>4</sup> et au *sheriff*, de donner à l'enfant l'opportunité d'indiquer s'il souhaite émettre un avis, et de lui offrir la possibilité de l'exprimer ; celui-ci devant alors être pris en considération dans la décision <sup>5</sup>.

**345.** En faisant du recueil de l'avis de l'enfant dans les procédures le concernant une obligation légale, les droits anglais et écossais ont garanti à l'enfant sa place dans ces procédures. Cette obligation trouve sa seule limite dans les capacités de l'enfant à formuler un avis et à émettre une opinion qui lui soit personnelle <sup>6</sup>. Le droit français, hormis dans un nombre limité de procédures <sup>7</sup>, a fait le choix d'une autre voie en laissant au juge l'opportunité de la décision

---

<sup>1</sup> La formulation des règles 49.20 *ibidem*, et 33.19 *ibidem*, étant identiques nous ne reprenons que celle de la règle 49.20 :

« (1) *in a family action in relation to any matter affecting a child, where that child has returned Form 49.8-N [Form F9 pour la section 33.19], or otherwise indicated to the court a wish to express views on a matter affecting him the court shall not grant any order unless an opportunity has been given for the views of that child to be obtained and heard.*

(2) *where a child has indicated his wish to express his views, the court shall order such steps to be taken as it considers appropriate to ascertain the views of the child.*

(3) *the court shall not grant an order in a family action, in relation to any matter affecting a child who has indicated his wish to express his views unless due weight has been given by the court to the views expressed by that child, having regard to his age and maturity ».*

<sup>2</sup> Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 10.41, p. 347.

<sup>3</sup> Ces procédures sont détaillées dans la section 16(4) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> Le *Children's Hearing* est la juridiction compétente pour connaître de l'ensemble des questions relatives à l'enfant maltraité et à l'enfant délinquant. Voir les chapitres 2 et 3 (sections 39 à 85) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>5</sup> La section 16(2) du *Children (Scotland) Act 1995* dispose : « *in the circumstances mentioned in section (4) below, a Children's Hearing or as the case may be the sheriff, taking account of the age and maturity of the child concerned shall so far as practicable :*

(a) *give him an opportunity to indicate whether he wishes to express his views*

(b) *if he does so wish, give him an opportunity to express them and*

(c) *have regard to such views as he may express ».*

<sup>6</sup> Section 1(3)a du *Children Act 1989*, et section 11(7)b du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>7</sup> Voir *supra* n°337 et s.

d'entendre ou non l'enfant <sup>1</sup>. Le juge partage ce pouvoir avec l'enfant, qui dispose de la faculté de provoquer son audition. Celle-ci ne peut alors être écartée par le juge que par une décision spécialement motivée <sup>2</sup>. Il ne semble pas que dans les systèmes anglais et écossais, l'enfant dispose d'un pouvoir d'initiative dans ce domaine. Ceci est largement compensé par le fait que le recueil de son avis est une obligation légale. Lorsque l'audition de l'enfant dans la procédure est prévue par la loi, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent conduire le juge à ne pas entendre l'enfant <sup>3</sup>.

**346.** En **droit français**, la force de l'article 388-1 du Code civil <sup>4</sup>, était en pratique restreinte par l'absence d'obligation faite au juge de recueillir les sentiments de l'enfant dans la procédure le concernant <sup>5</sup>. Cette obligation semble devoir être désormais introduite dans le droit interne français par le biais des dispositions de droit communautaire du Règlement Bruxelles II bis. Le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 23 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2005. L'applicabilité directe en droit interne de ce règlement communautaire nous conduit à examiner ses dispositions relatives à l'audition de l'enfant.

**347.** Les dispositions de ce règlement garantissent en effet la place de l'enfant et la prise en compte de ses sentiments dans les procédures relatives à la responsabilité parentale, dans la mesure où l'audition de l'enfant, qui doit être interprétée comme le recueil des sentiments de l'enfant directement par le juge ou par une personne spécialement désignée <sup>6</sup>, conditionne la force exécutoire directe dans les autres États membres d'une décision de justice relative à la responsabilité parentale. Il semble alors, afin de prévenir tout problème d'exécution de la décision de justice lié à un éventuel déménagement de l'un des parents de l'enfant, que le

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, p. 57.

<sup>2</sup> Article 388-1 al. 2 du Code civil.

<sup>3</sup> Voir sur ce point la Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, partie IV article 1.2.1.

<sup>4</sup> Notamment du fait de la généralité de son domaine d'application, voir *supra* n° 334.

<sup>5</sup> Cet article ouvre seulement la possibilité à l'enfant d'être entendu.

<sup>6</sup> Le considérant 19 du Règlement Bruxelles II bis prend soin de préciser que « l'audition de l'enfant joue un rôle important dans l'application du présent règlement sans que cet instrument ait pour objet de modifier les procédures nationales applicables en la matière ». Ainsi, le *Guide pratique pour l'application du nouveau Règlement Bruxelles II*, ([www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)) a pu préciser que l'audition de l'enfant pouvait être effectuée par une autorité compétente selon les lois nationales, en renvoyant à l'exemple de certains États membres ayant organisé l'audition de l'enfant par des travailleurs sociaux.

juge soit tenu de se conformer aux dispositions de ce règlement communautaire relatives à l'audition de l'enfant.

**348.** Le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation<sup>1</sup> au regard de l'applicabilité directe en droit interne de la Convention internationale des droits de l'enfant du 26 janvier 1990 vient renforcer l'idée que l'audition de l'enfant doit désormais être reconnu, à la lumière des dispositions de son article 12-2, comme un droit de l'enfant<sup>2</sup>. Imposer le recueil de l'avis de l'enfant dans la procédure le concernant ne signifie pas imposer à l'enfant d'être entendu s'il ne le souhaite pas, ce n'est pas non plus imposer au juge d'entendre l'enfant directement, ce qui n'est pas non plus souhaitable. Poser le principe du recueil systématique de l'avis de l'enfant dans la procédure le concernant ne porte pas atteinte à la liberté offerte au juge d'entendre ou non directement l'enfant, dans la mesure où cet avis peut être recueilli de manière indirecte, et tout à fait efficacement, comme nous l'enseignent les systèmes anglais et écossais<sup>3</sup>.

## B. L'accès de l'enfant à la connaissance de son droit d'expression

**349.** Dans les trois systèmes étudiés, les procédures au cours desquelles le recueil de l'avis ou des souhaits de l'enfant est organisé, sont de même nature. Elles englobent de manière très large les événements pouvant survenir dans la vie de l'enfant mineur. Il apparaît cependant en pratique que dans chacun des trois systèmes, les sentiments exprimés par l'enfant mineur n'aient que peu de place lorsque ses deux parents sont d'accord sur son sort. En effet, en droit français, la procédure concernant l'enfant doit avoir été engagée pour que l'enfant puisse

---

<sup>1</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 18 mai 2005, *jurisdata n° 2005-028424*. Dans cet arrêt la Cour de cassation a soulevé d'office la violation des articles 3-1 et 12-2 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant par la cour d'appel, en raison de l'absence de réponse du juge à la demande de l'enfant d'être entendu dans la procédure engagée par son père, laquelle visait à obtenir la modification de sa résidence. Voir pour les commentaires de ce revirement A. Gouttenoire « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation ! » *Dr. fam.* 2005 comm. n° 156 ; *J.C.P. G* 2005, II, 10081, obs. F. Granet et Y. Strickler. Voir depuis, pour l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention, Cass. civ. 1<sup>re</sup> 14 juin 2005, *Bull. civ.*, I, n° 245 ; *RTDciv.* 2005 n° 3, chron., pp. 556-561 obs. R. Encinas de Munagorri ; *RTDciv.* 2005 n° 4, chron., pp. 750-752, obs. P. Remy-Corlay. Pour l'applicabilité directe des articles 3-1 et 12-2 de la Convention, Cass. civ. 1<sup>re</sup> 22 novembre 2005, *Bull. civ.*, I, n° 434 ; *RTDciv.* 2006 n° 1, chron., pp. 101-104 obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* Février 2006, Comm. n° 28, obs. A. Gouttenoire. Pour l'applicabilité directe de l'article 7-1 de la Convention, Cass. civ. 1<sup>re</sup> 7 avril 2006, *Bull. civ.*, I, n° 195.

<sup>2</sup> Voir sur ce point A. Gouttenoire « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation ! » *Dr. fam.* 2005, comm. n°156.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 417 et s.

éventuellement solliciter son audition <sup>1</sup>. De même, en droit anglais, l'application dans les procédures familiales du principe de non intervention judiciaire <sup>2</sup> dès lors qu'il a été parvenu à un accord, ne garantit pas suffisamment le respect du droit de l'enfant à s'exprimer dans les procédures le concernant. Ainsi, l'enfant ne peut demander à être entendu, si aucun de ses parents n'a saisi le juge pour que la question soit tranchée. L'enfant trouvera sa place dans la procédure le concernant seulement si un conflit s'élève à son sujet entre ses parents. Par ailleurs, à défaut pour le juge de prendre l'initiative de consulter l'enfant, se pose le problème de la connaissance par ce dernier de son droit à être entendu.

**350.** Cette situation qui soumet la place de l'enfant à l'existence d'un conflit parental à son sujet n'est pas conforme aux dispositions de l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, qui ne pose aucune limite à l'expression de l'enfant dans la procédure le concernant. L'enfant qui le souhaite doit avoir les moyens de s'exprimer sur son sort, que ses parents soient d'accord ou non sur ce que requiert son intérêt. Les souhaits de l'enfant doivent être pris en compte par le juge lorsqu'il est amené à contrôler la conformité à l'intérêt de l'enfant d'une demande le concernant. Il nous semble qu'une information systématique de l'enfant sur la possibilité pour lui d'être entendu au cours de la procédure en toute circonstance, malgré l'accord éventuel de ses parents sur son sort, soit indispensable pour garantir à l'enfant le respect de son droit d'expression en justice.

**351.** En **droit français**, l'article 388-1 du Code civil dans sa version amendée par la loi du 5 mars 2007 <sup>3</sup>, fait désormais obligation au juge de s'assurer que « *le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat* ». Cette information est essentielle car elle conditionne la mise en œuvre effective du droit à être entendu qui a été reconnu à l'enfant. Les modalités pratiques de la mise en œuvre de ce contrôle restent à définir, cependant cette initiative du législateur est à saluer et va, à nos yeux, dans le bon sens.

---

<sup>1</sup> L'article 1.1.2 de la partie IV de la circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant dispose *in fine* que le droit d'expression reconnu au mineur peut « *être exercé dans toutes les procédures civiles, quels que soient la nature et le degré de la juridiction et à tout stade de l'instance* ». L'introduction de l'instance est bien un préalable à l'exercice de son droit d'expression par le mineur.

<sup>2</sup> *No order principle* en droit anglais et *no order presumption* en droit écossais, voir *infra* chapitre relatif à la recherche de l'intérêt de l'enfant.

<sup>3</sup> Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

**352.** Le **droit écossais** a en la matière pris des dispositions tout à fait intéressantes, qui garantissent à l'enfant un minimum d'information sur la possibilité pour lui d'être entendu. En effet, la consultation de l'enfant, dans le cadre des *private law proceedings*<sup>1</sup>, a été précisée afin de permettre sa mise en œuvre en pratique. Ainsi, dans les procédures introduites directement sur le fondement de la section 11 du *Children (Scotland) Act 1995*<sup>2</sup> ou bien qui contiennent à titre accessoire une demande sur ce fondement<sup>3</sup> (*crave for section 11 order*), l'une des parties doit impérativement présenter au juge une demande visant à ce que la procédure soit notifiée à l'enfant (*intimation to the child concerned*). Cette demande vise à offrir à ce dernier la possibilité de s'exprimer sur son sort au moyen du Formulaire F9<sup>4</sup> ou du Formulaire 49.8-N<sup>5</sup>. Le juge décide de l'opportunité d'une telle notification à l'enfant<sup>6</sup>. Dans les hypothèses où la demande concernant l'enfant n'est qu'accessoire, il a été spécifié que la notification faite à l'enfant ne contiendrait pas les motifs de la demande initiale (*summons*)<sup>7</sup>. L'enfant reste bien étranger au règlement du conflit conjugal.

**353.** Si le demandeur à l'action souhaite que l'enfant concerné ne se voie pas notifier la procédure, il doit adresser au juge une demande de dispense de notification, accompagnée des éléments qui fondent cette demande<sup>8</sup>. La doctrine recommande cependant au juge de n'accorder cette faculté de dispense qu'avec précaution dans la mesure où il s'agit d'une atteinte au droit d'expression de

---

<sup>1</sup> Toutes celles qui ne visent pas à la protection de l'enfant. Les *public law proceedings*, qui organisent la protection de l'enfant, lui font bénéficier, comme en droit français, d'un statut particulier relativement à son audition.

<sup>2</sup> Celles qui portent directement sur l'exercice des droits et devoirs parentaux.

<sup>3</sup> Comme par exemple une demande de divorce qui serait assortie d'une demande de règlement des problèmes relatifs aux droits et devoirs parentaux sur les enfants.

<sup>4</sup> Si la procédure est introduite devant la *sheriff court*, règle 33.7(1)h de l'*Act of sederunt (Sheriff Court ordinary cause rules) 1993 SI 1993 n° 1956* après amendement par l'*Act of Sederunt (Family proceedings in the Sheriff court) 1996, SI 1996 n° 2167*. (O.C.R 1993)

<sup>5</sup> Si la procédure est introduite devant la *Court of Session*, règle 48.8(1)h, de l'*Act of sederunt (Rules of the Court of Session 1994) 1994, SI 1994 n° 1443*, après amendement par l'*Act of Sederunt (Rules of the Court of Session Amendment n° 5) (Family actions and miscellaneous) 1996, SI 1996 n° 2587* (R.C.S 1994).

<sup>6</sup> Voir sur ce point E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.46, p. 93, « *the sheriff then decides whether to make an order for intimation on the child...* ». La demande de notification à l'enfant doit obligatoirement être présentée par les parties mais c'est le juge qui décide de l'opportunité d'une telle notification. Il apparaît toutefois que la pratique ait posé un seuil d'âge mou, douze ans, en deçà duquel la dispense de notification directe à l'enfant est obtenue dans la majorité des cas. « *The study suggests that the age of 12 years is used by the majority of legal professionals in their decision regarding dispensation of intimation...* », K. Marshall, E. Kay M. Tisdall et A. Cleland, *Voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995, vol. 2 Feasibility study*, Scottish Executive Central Research Unit 2002, para. 4.4.8.

<sup>7</sup> R.C.S 1994 règle 49.8(7).

<sup>8</sup> O.C.R. 1993 règle 33.7(7) ; R.C.S. 1994 règle 49.8(8).

l'enfant dans la procédure le concernant <sup>1</sup>. Sans compter que cette notification conditionne la mise en œuvre de son droit à intervenir <sup>2</sup>.

**354.** Les deux formulaires de notification sont rédigés en des termes quasiment identiques. Il appartient à l'avocat du demandeur de les remplir « *en des termes compréhensibles pour un enfant* » <sup>3</sup>. L'enfant est alors informé qu'une procédure a été engagée, au cours de laquelle le juge va être amené à statuer sur différentes demandes le concernant, ces dernières seulement faisant l'objet d'un exposé plus détaillé. Le formulaire informe l'enfant que, dans le cadre de cette procédure, le juge peut souhaiter le rencontrer et parler avec lui. Il est également informé qu'il peut obtenir l'aide gratuite d'un avocat pour remplir le formulaire et qu'il peut contacter gratuitement par téléphone le *Scottish Child Law Centre* au numéro indiqué. L'enfant est alors invité, s'il souhaite le faire, à renseigner le juge sur ses souhaits relatifs à son avenir <sup>4</sup>.

**355.** L'envoi de ces formulaires directement à l'enfant constitue, au regard des possibilités offertes par les trois systèmes étudiés, le moyen le plus performant d'information de l'enfant de son droit d'être entendu. Certes, il existe toujours des limites à ces dispositions, mais elles ne sont pas de celles auxquelles le droit peut remédier. En effet, comme le fait très justement remarquer Mme le professeur Sutherland, il n'existe aucune garantie que l'enfant recevra effectivement le formulaire et rien n'empêche qu'il ne soit subtilisé par le parent avec lequel vit l'enfant <sup>5</sup>. De même, comment être sûr que l'avis émis par l'enfant est exempt de l'influence de l'adulte avec qui il vit <sup>6</sup> ? Cependant, ces critiques ne semblent rien enlever au caractère efficace de ce procédé. Il n'existe aujourd'hui pas de moyen plus efficace et plus direct d'informer l'enfant de ses droits que de les lui notifier personnellement au moment où il peut être amené à les exercer. Le droit écossais

---

<sup>1</sup> « *Courts should however be slow to dispense with intimation given the child's rights to express views* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, n° 9.43, p. 294.

<sup>2</sup> Voir A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 10.52, p. 192. Sur la capacité procédurale autonome de l'enfant voir *infra* n° 794 et s.

<sup>3</sup> Les formulaires F9 et F49.8-N commencent tous les deux par la mention : « *this part must be completed by the pursuer's solicitor in language a child is capable of understanding* ».

<sup>4</sup> Pour plus de détails concernant la communication par écrit de l'avis de l'enfant au juge voir *infra*.

<sup>5</sup> « *It is quite possible that the letter intimating the action to the child may be intercepted by a, sometimes well-intentioned, adult, often the parent with whom the child is living* », E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.47, p. 93.

<sup>6</sup> « *How sure can we be that the response is not the product of subtle or explicit pressure from an influential adult ?* », E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.47, p. 93.

offre ici un exemple abouti de mise en conformité de ses dispositions avec l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

**356.** Aux limites procédurales et à celles qui sont relatives à l'accès de l'enfant à la connaissance de son droit d'expression dans la procédure, s'ajoutent des conditions relatives à sa personne, dans chacun des trois systèmes.

## *§2. La prise en compte de la personne de l'enfant dans le processus de consultation*

**357.** Dans les droits anglais, français et écossais, l'âge, le discernement ou la maturité de l'enfant déterminent l'opportunité de sa participation à la prise de décision le concernant (A). Ainsi, la personnalité du mineur est un élément qui va déterminer la décision de le consulter ainsi que le poids qui va être accordé aux souhaits qu'il aura formulés (B).

### A. L'opportunité de la consultation

**358.** En **droit écossais**, « *l'âge et la maturité de l'enfant* »<sup>1</sup> doivent être pris en compte dans les décisions judiciaires relatives aux droits et devoirs parentaux ainsi que celles relatives à la tutelle du mineur. L'affaire *Shield v. Shield*<sup>2</sup> a donné à la jurisprudence l'occasion de clairement distinguer l'opportunité donnée à l'enfant d'exprimer ses sentiments dans la procédure, de la prise en compte par le juge des sentiments ainsi exprimés. Il a été jugé dans cette affaire que la référence de la section 11(7)(b) du *Children (Scotland) Act 1995* à « *l'âge et la maturité de l'enfant* » ne s'appliquait qu'aux sentiments déjà exprimés par l'enfant<sup>3</sup>. Ainsi, la décision de consulter l'enfant n'est soumise qu'à l'exigence du caractère « *réalisable* » du recueil

---

<sup>1</sup> Section 11(7)b du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> *Shield v. Shield* 2002 SCLR 334. *Lexisnexis.com*.

<sup>3</sup> Lord Marnoch (*ibid* para. 11) se rallie aux conclusions de l'avocate selon lesquelles « *the child's age and maturity should only be taken into account for purposes of assessing what weight should be attached to a child's view...* ».

de ses sentiments <sup>1</sup>, par quelque moyen que ce soit. Pour Mme le professeur Sutherland, la notification informant l'enfant de la possibilité pour lui d'être entendu est soumise au contrôle par le juge, de l'âge de l'enfant ainsi que de la nature de la procédure au cours de laquelle cette notification est réclamée <sup>2</sup>. Cette position a été confirmée par l'arrêt *Shield* qui retient que l'opportunité donnée à l'enfant d'exprimer ses sentiments « *dépend des circonstances de l'espèce et en particulier de l'âge de l'enfant* » <sup>3</sup>. L'âge de l'enfant est donc un critère déterminant du recueil des sentiments de l'enfant dans la procédure. Le juge est toutefois tenu d'utiliser les moyens appropriés à l'âge de l'enfant pour recueillir ses sentiments. Ainsi, s'il apparaît que la notification à l'enfant, telle qu'elle est prévue dans certaines procédures le concernant, n'est pas appropriée en raison de son jeune âge, il appartiendra au juge d'utiliser les autres moyens mis à sa disposition pour recueillir les sentiments de l'enfant <sup>4</sup>.

**359.** Le **droit français** a supprimé toute référence à l'âge de l'enfant quand il est question de son audition <sup>5</sup>. L'article 388-1 du Code civil réserve la possibilité de se faire entendre au « *mineur capable de discernement* ». Il ne précise pas à quel stade de la procédure la faculté de discernement de l'enfant doit être recherchée, cependant il conviendrait que ce soit un préalable à l'audition.

**360.** Il semblerait que le **droit anglais** ne se pose pas directement la question de l'opportunité de la consultation de l'enfant dans la mesure où l'obligation imposée au juge, par la section 1(3)a du *Children Act 1989*, de prendre en compte les souhaits et sentiments de l'enfant, implique que leur recueil préalable ait été effectué. Les sentiments ainsi exprimés devront alors être appréciés « *à la lumière de l'âge et du discernement de l'enfant* » (*age of understanding*). La maturité Gillick n'a pas à être recherchée chez l'enfant avant que ses sentiments soient

---

<sup>1</sup> *Ibid* para 10 « *so far as affording a child the opportunity to make known his views, the only proper and relevant test is one of practicability* ».

<sup>2</sup> « *The sheriff then decides whether to make an order for intimation on the child, taking account of such matters as the age of the child and the nature of the order sought* », E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.47, p. 93.

<sup>3</sup> « *How a child should be given such an opportunity will depend on the circumstances of each case and, in particular, on his or her age* », *Shield v. Shield* 2002 SCLR 334 para 11.

<sup>4</sup> Voir *infra* n° 410 et s. Sont notamment visés l'audition directe ou le rapport par une personne spécialement désignée.

<sup>5</sup> Le seuil d'âge de treize ans au delà duquel l'audition de l'enfant devenait une obligation a été remplacé par le critère du discernement par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993.

examinés par le juge <sup>1</sup>. Ainsi, le pouvoir d'appréciation du juge semble porter sur le poids de ces sentiments dans la décision <sup>2</sup>, davantage que sur l'opportunité de la consultation de l'enfant.

**361.** Préférer l'exigence d'une capacité de discernement chez l'enfant plutôt que de fixer un seuil d'âge, a l'avantage d'ouvrir beaucoup plus largement le domaine de la consultation du mineur. Les modifications mises en place, en droit français, par la loi du 8 janvier 1993 <sup>3</sup>, étaient les bienvenues <sup>4</sup>. En effet, l'utilisation du seuil d'âge de treize ans instauré par la loi Malhuret du 22 juillet 1987, à compter duquel l'audition de l'enfant devenait une obligation légale, n'avait pas porté les fruits escomptés <sup>5</sup>. Pour Madame Descamps, ce texte « *se vit reprocher ses excès autant que ses insuffisances* » <sup>6</sup>. Retenir l'existence d'une capacité de discernement chez l'enfant, plutôt qu'un seuil d'âge objectif, permet au droit d'être en accord avec le développement personnel du mineur, et de renforcer l'efficacité de l'audition. La question se pose alors de savoir sur quels critères le juge peut fonder son appréciation de l'existence ou de l'absence de discernement chez un enfant. Comme le fait remarquer Madame Descamps <sup>7</sup> cette question ne se pose en pratique que pour les grands enfants et les pré-adolescents ; ils sont sortis de la petite enfance, où l'absence de discernement peut être présumée, mais ne sont pas encore entrés dans la période de l'adolescence, où l'existence du discernement devrait être présumée. La circulaire du 3 mars 1993 <sup>8</sup> énumère un certain nombre d'éléments devant être pris en considération par les juges pour apprécier l'existence du

---

<sup>1</sup> « *The checklist (...) does not require a child to be Gillick competent before his or her views are considered* », S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003 para 20-012, p. 653.

<sup>2</sup> Voir *infra* n° 470 et s.

<sup>3</sup> Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instaurant le juge aux affaires familiales. Cette loi a remplacé la condition du seuil d'âge de treize ans par l'existence du discernement chez l'enfant afin de déterminer la possibilité pour l'enfant d'être entendu.

<sup>4</sup> Cf la position des autres pays européens sur l'audition de l'enfant, K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summers (eds), *European Family Law in Action. Volume III: Parental responsibilities*, Intersentia, CEFL 2005, pp. 773 et s.

<sup>5</sup> Voir notamment sur ce point J. Castaignède, « L'avis de l'enfant mineur dans le divorce de ses parents », *D.* 1992, chron., 121. L'auteur fait remarquer que « *l'audition de l'enfant prévue par le nouvel article 290-3° se révèle beaucoup moins fréquente que ne l'avait espéré le législateur de 1987* ».

<sup>6</sup> N. Descamps, *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse Lille 2, 1996, p. 38. L'auteur détaille notamment l'excès que constituait l'obligation d'entendre l'enfant qui remettait en cause son « *droit au silence* » ; de même retenir le critère du seuil d'âge était critiquable en ce qu'il laissait sans voix, les enfants de moins de treize ans.

<sup>7</sup> N. Descamps, *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse Lille 2, 1996, p. 381.

<sup>8</sup> Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, JO du 24 mars 1993, p. 4551.

discernement chez l'enfant : « *l'âge, la maturité et le degré de compréhension* »<sup>1</sup>. L'âge mis à part, les notions prises en compte sont des notions abstraites, qui n'enlèvent rien au caractère éminemment subjectif de l'appréciation de la faculté de discernement chez l'enfant.

**362.** Le **droit écossais** a adopté sur ce point une position novatrice en conjuguant l'exigence légale de la capacité de discernement, avec une présomption légale d'existence de cette capacité. En effet, le *Children (Scotland) Act 1995*<sup>2</sup> prévoit que « *l'enfant de 12 ans est présumé avoir l'âge et la maturité suffisante pour formuler une opinion* »<sup>3</sup>. Les juges n'ont cependant jamais hésité à recueillir l'opinion d'enfants plus jeunes, dans la mesure où ces derniers disposaient d'une maturité suffisante pour être entendus<sup>4</sup>. L'audition peut, pour les plus jeunes, être réalisée par une personne spécialement désignée afin d'entendre l'enfant<sup>5</sup> et de rapporter ses sentiments au juge. Cette solution, cumule les avantages de chacun des deux critères, seuil d'âge et discernement. En effet, elle ouvre la possibilité d'être entendu à tous les mineurs doués de discernement, et elle offre l'automatisme et la simplicité du critère du seuil d'âge. Tous les enfants de douze ans et plus étant présumés doués de discernement, il sera de droit procédé à leur audition si tel est leur désir. La présomption étant réfragable, les côtés négatifs de l'automatisme sont gommés dans l'hypothèse où un enfant à cet âge n'aurait pas encore acquis la maturité suffisante pour être discernant. Par conséquent, le refus de procéder à l'audition de l'enfant par le juge ne saurait être que motivé par l'absence de discernement, laquelle devra reposer sur des éléments factuels. Le refus de procéder à l'audition de l'enfant en France, n'est que trop souvent fondé sur des formules laconiques et vides de sens énoncées par un certain nombre de juges réfractaires à l'audition. Le recours à une présomption de discernement imposerait à ces juges d'être plus disserts dans leurs motivations, et contribuerait sans doute à diminuer l'instauration du refus d'audition comme pratique judiciaire.

**363.** Le seuil d'âge de douze ans retenu en droit écossais, n'a pas été choisi au hasard. Après la réception des principes de droit romain en Écosse, le droit

---

<sup>1</sup> *Idem*, partie IV article 1.1.1.

<sup>2</sup> Section 11(10) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>3</sup> « (...) *A child of twelve years of age or more shall be presumed to be of sufficient age and maturity to form a view* (...) », section 11(10) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> *Fairbairn v. Fairbairn* 1998 G.W.D. 23-1149, dans une affaire relative à la résidence des enfants, les juges ont entendu les trois enfants du couple respectivement âgés de 13, 7 et 5 ans.

<sup>5</sup> Dans cette affaire l'audition des deux plus jeunes enfants avait été réalisée par un *curator ad litem*.

écossais divisait la minorité de l'enfant en deux périodes. L'enfant était d'abord juridiquement un *pupil* placé sous l'autorité d'un *tutor* dans le cadre d'un régime de représentation totale pour les actes accomplis sur sa personne et sur ses biens. Ensuite, il devenait un *minor* placé sous l'autorité d'un *curator* dans le cadre d'un régime d'assistance relativement à la gestion de ses biens. Le statut de *minor* lui offrait l'autonomie dans l'accomplissement des actes relatifs à sa personne. Bien que le *curator* fût généralement physiquement la même personne que le *tutor*, son statut était également modifié par ce changement de régime. Le passage du statut de *pupil* à celui de *minor* s'effectuait au moment de la puberté, celle-ci était légalement présumée avoir lieu à l'âge de quatorze ans pour les garçons, et douze ans pour les filles <sup>1</sup>. Par la suite, l'alignement du statut entre garçon et fille s'est fait sur celui qui était le plus favorable, c'est à dire celui qui offrait une plus grande capacité à l'enfant à compter de l'âge de douze ans.

**364.** La présomption de maturité permet une audition systématique des enfants les plus âgés, sans fermer la possibilité d'être entendu aux enfants les plus jeunes, dès lors qu'ils sont doués de discernement. Ce système est, à nos yeux, celui qui ouvre le plus largement la possibilité pour le mineur d'être entendu, sans pour autant tomber dans l'excès d'une implication automatique du mineur quels que soient sa situation et son état d'esprit.

Le principe de la consultation de l'enfant étant posé, nous pouvons alors nous interroger sur le poids accordé aux sentiments ainsi exprimés

## B. Le poids des sentiments exprimés

**365.** Les trois systèmes étudiés se rejoignent sur le principe en vertu duquel il ne faut pas transférer à l'enfant le poids de la décision <sup>2</sup>. Comme le fait

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point K. Marshall, « The history and philosophy of children's rights in Scotland », *Children's rights in Scotland*, sous la direction de A. Cleland et E.E. Sutherland, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, sweet & Maxwell, Edimbourg, 2001, p. 13, para. 2.11.

<sup>2</sup> Voir notamment sur ce point *Droit de la famille*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001-2002, n° 2103 ; A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, p. 202 ; E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999 para 5.134 p. 238 ; A. Bainham, *Children the modern law*, 2<sup>e</sup> éd. Family law 1998, p. 138 ; S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003 para 20-012 p. 655. Pour un exemple de jurisprudence voir l'arrêt de la 2<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation en date du 22 octobre 1997 (*jurisdata* n° 004145 ; *J.C.P. G* 1997, IV, 2372 ; *J.C.P. G* 1998, II, 10014 note Garé) qui sanctionne la décision de la cour d'appel d'avoir ordonné que le droit de visite de la mère sur son enfant « sera exercé à l'amiable au gré de ce dernier ».

remarquer le professeur Sutherland, la participation est un droit de l'enfant, la prise de décision est de la responsabilité des adultes <sup>1</sup>. Dans les trois systèmes étudiés, l'âge, la maturité ou le discernement de l'enfant <sup>2</sup>, sont pris en compte par les juges lorsqu'ils sont amenés à examiner la force qui doit être reconnue aux sentiments qu'il a exprimés, et par conséquent leur influence sur la décision. La volonté qui a pu être exprimée par l'enfant lors de sa consultation ne lie jamais le juge, ce dernier devant toujours statuer dans l'intérêt de l'enfant <sup>3</sup>. Il apparaît néanmoins que dans un certain nombre d'hypothèses, et notamment, lorsque les juges se trouvent confrontés à l'expression d'une volonté forte et déterminée de la part de grands adolescents, cette dernière emporte quasi systématiquement la décision.

**366.** Il est difficile de poser un principe dans ce domaine tant les circonstances de l'espèce sont déterminantes pour chaque cas. Néanmoins, dans chacun des trois systèmes, il apparaît que l'âge est un élément déterminant du poids accordé aux sentiments exprimés par l'enfant dans la détermination de son intérêt <sup>4</sup>. Plus l'enfant est proche de la majorité plus il sera difficile pour le juge de prendre une décision s'opposant à ses désirs. Cela participe notamment de l'efficacité des décisions de justice. En effet, la bonne volonté de l'enfant de se soumettre à une décision de justice le concernant, et notamment celles qui organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur sa personne, est indispensable à sa bonne exécution. Si cela est vrai pour l'ensemble des justiciables, cela l'est d'autant plus lorsque la personne qui subit la décision ne dispose d'aucun pouvoir procédural lui permettant de faire échec à sa mise en œuvre <sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> « *Participation is a child right, but decision making is an adult responsibility* », E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para 5.134 p. 238.

<sup>2</sup> Article 373-2-11 2° et 4° du Code civil, section 11(7)(b) du *Children (Scotland) Act 1995* et section 1(3)a du *Children Act 1989*.

<sup>3</sup> Voir sur ce point, *Droit de la famille*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001-2002, n° 2103 ; A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, p. 202 ; E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999 para 5.134 p. 238 ; A. Bainham, *Children the modern law*, 2<sup>e</sup> éd. Family law 1998, p. 138 ; S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003 para 20-012 p. 655.

<sup>4</sup> Voir *infra* n° 449 et s.

<sup>5</sup> La tierce opposition, voie de recours ultime du tiers à l'instance qui s'est vu refuser le droit d'intervenir, et qui lui permet d'obtenir qu'une décision de justice lui causant grief soit rejugée en fait et en droit sur les points qu'il critique (art 582 du NCPC), ne peut être exercée par un mineur, même par l'intermédiaire de son représentant *ad hoc*, à l'encontre d'une décision modifiant les conditions d'exercice de l'autorité parentale sur sa personne (Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *J.C.P. G* 2001, II, 10514 note Fossier ; *RJPF* avril 2001, 21 note P. Guerder ; *RJPF* juin 2001, 6, note J. Hauser ; *Dr fam* mai 2001, 22 note A. Gouttenoire-Cornut ; J. Hauser, « L'enfant contre ses parents : l'opposition d'intérêts ne crée pas un intérêt justifiant la tierce opposition », *RTDciv.* 2001, 333, n° 7 ; M. Bruggeman « Droit d'action du mineur et administrateur *ad hoc*, note sous Cour de cassation,

**367.** En **droit français**, la volonté des grands adolescents apparaît alors comme un élément déterminant de la décision les concernant prise par le juge <sup>1</sup>. La jurisprudence française nous offre ainsi divers exemples de mise en échec des droits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale <sup>2</sup>, en raison du refus affirmé et persistant de l'adolescent de s'y soumettre <sup>3</sup>. Il apparaît alors que le juge va très rarement à l'encontre des sentiments exprimés par les mineurs de plus de seize ans <sup>4</sup>, et que la prise en compte des sentiments d'enfants de moins de dix ans ne soit pas exceptionnelle <sup>5</sup>. L'âge de seize ans ressort d'un bon nombre de décisions françaises, comme étant celui à compter duquel le juge se conformera très aisément à la volonté de l'enfant, y compris si elle va à l'encontre de la volonté parentale. Pour certains auteurs, la question est alors de savoir dans quelle mesure l'enfant de plus de seize ans peut ainsi se voir autorisé à couper toute relation avec l'un de ses parents, sans que ce dernier puisse par compulsion s'y opposer <sup>6</sup>.

**368.** Les systèmes anglais et écossais ont adopté sur ce point une position qui consacre l'impossibilité d'aller à l'encontre de la volonté des grands adolescents dans ce domaine. Ainsi, le droit écossais fait cesser l'exercice des droits parentaux sur la personne de l'enfant, dès lors que ce dernier atteint l'âge de seize ans <sup>7</sup>.

---

Chambre mixte 9 février 2001 », *RDSS* 2001, 833). Il est intéressant de noter ici que l'arrêt va à l'encontre des conclusions du Procureur général Burgelin qui préconisait la reconnaissance d'un droit d'intervention au mineur, par l'intermédiaire de son administrateur *ad hoc* dès lors que l'opposition d'intérêt a au préalable été constatée.

<sup>1</sup> « *The older child's desires are always a matter relevant to the determination of where his or her interests lie, and should therefore, be at the forefront of the Court's consideration* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para 10.44, p 348-349.

<sup>2</sup> Ou encore des droits qui ont pu être reconnus aux grands-parents, voir notamment Grenoble 19 juillet 1999, *jurisdata* n° 044739, pour la suppression d'un droit de visite des grands-parents sur leurs petites filles âgées de treize et cinq ans en raison de l'opposition réfléchie de ces dernières à la poursuite de ces relations.

<sup>3</sup> Voir notamment Bordeaux 16 novembre 1995, *jurisdata* n° 049262, pour la suspension du droit de visite du père devant le refus de l'enfant, âgé de dix-sept ans, de continuer à le voir ; Toulouse 22 mars 1999 *jurisdata* n° 041973, réformation de la résidence habituelle en fonction du désir d'une jeune fille de seize ans de vivre chez son père ; Riom 11 avril 2000, *jurisdata* n° 115904, suppression du droit de visite du père devant le refus ferme et réitéré de le voir, exprimé par un mineur âgé de dix-sept ans et demi.

<sup>4</sup> Voir sur ce point J-F Eschylle et A. Ganzer, *Jurisclasseur art 286 à 295*. Fasc. 10-1 effet du divorce n° 48.

<sup>5</sup> Voir sur ce point J-F Eschylle et A. Ganzer, art. préc., n° 48..

<sup>6</sup> Voir sur ce point J-F Eschylle et A. Ganzer, art. préc., n° 48 ; voir également P. M. note sous CA Bourges 28 mars 1995, *Dr famille* 1997 comm. n° 58 p. 14-15.

<sup>7</sup> En effet la sous section 7 de section 2 du *Children (Scotland) Act 1995* relative aux droits parentaux précise qu'au regard de cette section le terme enfant désigne une personne de moins de seize ans ; « *in this section, 'child' means a person under the age of 16 years* ». Sur cette émancipation automatique voir *supra*.n° 274 et s.

**369.** Le **droit anglais** quant à lui, sans porter atteinte à l'exercice général de la responsabilité parentale sur l'enfant, interdit au juge sauf circonstances exceptionnelles, de rendre des ordonnances de la section 8 du *Children Act 1989*<sup>1</sup> à l'égard d'enfants de plus de seize ans<sup>2</sup>. De même, la durée d'une ordonnance de la section 8 ne peut se poursuivre au-delà des seize ans de l'enfant à l'égard duquel elle a été rendue<sup>3</sup>. Le débat relatif au poids de la volonté de l'enfant notamment dans les décisions relatives à sa résidence ou au droit de visite et d'hébergement<sup>4</sup> s'est donc déplacé outre-Manche vers des enfants plus jeunes qu'en France.

**370.** En dehors de l'âge, il n'existe aucun véritable critère permettant de mettre en évidence quel est le poids réellement accordé aux sentiments de l'enfant dans la décision le concernant. Toutefois, Mme le professeur Fortin propose une analyse assez intéressante, en terme de risques à court ou long terme dans le fait, pour le juge, de se conformer ou non à la volonté de l'enfant<sup>5</sup>. De manière générale, cet examen du « risque » pour l'enfant de se conformer ou non à sa volonté, permettrait de donner à celle dernière la place qu'elle mérite dans la procédure, sans pour autant poser en principe la conformité de la décision à la volonté du grand adolescent. La difficulté pourrait cependant résider dans les décisions relatives à l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement dans l'appréciation d'un « risque » pour l'adolescent à mettre fin à ses relations avec l'un de ses parents. Dans la mesure où, dans les mois ou au plus tard dans les deux ans qui viennent, celui-ci deviendra totalement libre d'en décider, il semblerait que ce risque soit relativement faible.

---

<sup>1</sup> Les ordonnances de la section 8 du *Children Act 1989* contiennent notamment celles qui organisent la résidence et le droit de visite à l'égard de l'enfant (*residence* et *contact order*).

<sup>2</sup> « *No court shall make any section 8 order, other than one varying or discharging such an order with respect to a child who has reached the age of sixteen unless it is satisfied that the circumstances of the case are exceptional* », section 8(7) du *Children Act 1989*.

<sup>3</sup> « *No court shall make any section 8 order which is to have effect for a period which will end after the child has reached the age of sixteen unless it is satisfied that the circumstances of the case are exceptional* », section 8(6) du *Children Act 1989*.

<sup>4</sup> En effet, il n'est pas possible d'étendre cette solution à toutes les décisions qui concernent le mineur ; les juges anglais gardent en effet, un pouvoir d'appréciation très important au regard des autres aspects que peut recouvrir l'exercice de l'autorité parentale, l'éducation, les pratiques religieuses ou encore les traitements médicaux subis par l'enfant. Voir *supra* n° 172 et s.

<sup>5</sup> « *Age must be considered not only in the context of the dispute itself, but also in the context of the long- and short-term risk involved in acceding to or ignoring the child's own wishes* », J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, pp. 256. Pour l'auteur, il appartiendrait au juge d'apprécier et de peser la prise de risques par l'enfant dans le choix qui est le sien. Plus le choix de l'enfant a des incidences graves sur son avenir, plus le contrôle du juge doit être affûté. Par exemple, le juge peut se sentir tenu de ne pas soutenir la volonté ferme d'un adolescent qui refuserait des soins médicaux indispensables à sa survie, en dépit de sa capacité de discernement.

**371.** En **droit français**, les craintes les plus justifiées quant au renforcement des obligations parentales sans le bénéfice des droits corollaires <sup>1</sup>, se trouvent désormais infondées en matière de responsabilité civile. L'application des règles actuelles de la responsabilité des parents du fait de leur enfant empêche qu'un parent titulaire de l'autorité parentale, mais qui ne dispose pas de la résidence habituelle de l'enfant, voit la responsabilité de plein droit, posée par l'article 1384 al. 4 du Code civil, retenue à son encontre <sup>2</sup>. *A fortiori*, le parent qui a vu son droit de visite et d'hébergement suspendu en conformité avec le souhait de son enfant, ne pourra pas non plus voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil.

**372.** Quelle que soit la décision du juge, que les désirs de l'enfant emportent ou non sa décision, il est aujourd'hui devenu tout à fait incontournable pour lui de motiver sa décision de manière à ce que la place accordée à la volonté et aux sentiments de l'enfant apparaisse clairement et soit portée à la connaissance de ce dernier. Il apparaît, en effet, tout aussi indispensable de faire accepter la décision judiciaire à l'enfant, que celle-ci soit conforme ou non à ses désirs <sup>3</sup>, que de la faire accepter aux parents, qui sont chargés de la mettre en œuvre. L'enfant sait que les adultes, en premier lieu ses parents alors pourquoi pas un juge, ne se conformeront pas toujours à sa volonté. Il doit dans ce cas se voir offrir la possibilité de comprendre pourquoi, et de savoir qu'il existe des considérations légitimes qui l'ont emporté sur ses désirs. La motivation de la décision de justice

---

<sup>1</sup> Voir notamment J. Hauser, « Autorité parentale et représentation de l'enfant en justice », *RTDciv* 1992, p. 750.

<sup>2</sup> Cette construction entamée par l'arrêt Samda en date du 19 février 1997 (*Bull. civ.*, II, n° 55 ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 575 note Chabas ; *Dr Famille* 1997 n° 97 note Murat ; *RTDciv.* 1997, 67 obs. Jourdain ; *Petites Affiches* 29 décembre 1997, note Dagorne-Labbé ; *Petites Affiches* 14 janvier 1998 note Dumont ; *Gaz. Pal.* 1997, 1, doct., 658 étude Galliou-Scavion) et achevée par l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 20 janvier 2000 (*Bull. civ.*, II, n° 14 ; *D.* 2000 somm., 469 obs. D. Mazeaud ; *J.C.P. G* 2000, II, 10374, note Gouttenoire-Cornut ; *J.C.P. G* 2000, I, 241 n° 20, obs. Viney ; *RCA* 2000 n° 146, note Groutel ; *RJPF* 2000-4/38, note Chabas ; *Petites Affiches* 9 novembre 2000 note Dagorne-Labbe (1<sup>re</sup> esp) ; *RTDciv.* 2000, 340 obs Jourdain) qui a conduit le droit français à dématérialiser la condition de cohabitation dans le droit de la responsabilité des parents du fait de leur enfant, empêche la poursuite sur ce fondement du parent qui, bien que titulaire de l'autorité parentale, ne dispose que d'un droit de visite et d'hébergement. Pour une étude actuelle de la responsabilité des parents du fait de leur enfant voir le rapport français par L. Francoz-Terminal, F. Lafay, O. Moréteau et C. Pellerin-Rugliano in M. Martín-Casals (ed.), *Children in Tort Law Part I: Children as a tortfeasor*, ESR ETL Tort and Insurance Law vol. 17, Springer 2006, pp. 166 et s.

<sup>3</sup> J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 257.

concernant l'enfant doit contenir ces informations, il en va de sa bonne application <sup>1</sup>.

## Section 2. La mise en œuvre de la consultation de l'enfant

**373.** La question qui se pose alors, est de savoir de quelle manière le recueil des souhaits et sentiments de l'enfant est organisé dans les différents systèmes. Deux solutions sont envisageables, soit le recueil direct par le biais d'une audition de l'enfant par le juge (§1), soit le recueil indirect par l'intermédiaire d'une personne qui pourra éventuellement être spécialement désignée afin de rapporter au juge les sentiments du mineur (§2).

### *§ 1. La consultation directe de l'enfant*

**374.** La consultation directe de l'enfant est un moyen sûr pour le juge de s'assurer des souhaits et des sentiments du mineur. En Angleterre il existe encore de grandes réticences vis à vis de cette pratique (A), tandis que dans les systèmes français et écossais, la consultation directe de l'enfant par le juge est largement pratiquée (B).

A. La réticence du droit anglais envers le principe d'audition directe de l'enfant par le juge

**375.** L'audition directe du mineur par le juge n'a pas été organisée en **droit anglais** et le *Children Act 1989* ne contient aucune disposition sur ce point. Il existe même une opposition forte à ce principe, notamment dans son application aux

---

<sup>1</sup> Cf la position des autres pays européens en matière d'exécution des décisions de justices relatives à l'autorité parentale, K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summers (eds), *European Family Law in Action*. Volume III : Parental responsibilities, Intersentia, CEFL 2005, pp. 755 et s.

*Magistrates*<sup>1</sup>. En effet, dans l'affaire *Re T*<sup>2</sup> il a été jugé « *qu'il n'existait aucune règle de droit qui donnait aux Magistrates le pouvoir d'entendre les enfants dans leurs bureaux* »<sup>3</sup>.

**376.** En dépit des recommandations qui avaient été faites par le *Children Act Procedure Advisory Group*<sup>4</sup>, en vue de leur donner un pouvoir d'audition de l'enfant, identique à celui des *Judges*<sup>5</sup>, une différence de traitement subsiste néanmoins. En effet, le Ministère de l'Intérieur (*Home Office*) et celui de la Santé (*Health Department*) ont émis de fermes restrictions à l'idée d'accorder un pouvoir d'audition directe aux *Magistrates*. Il a entre autre été avancé :

« (a) *qu'un tel pouvoir irait à l'encontre des règles de natural justice, et pourrait être mis en cause devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme.*

(b) *Tous les éléments de preuve pertinents doivent être rapportés en audience publique, afin de respecter le principe du contradictoire.*

(c) *Un enfant peut en privé donner des preuves irrecevables / non pertinentes, et les Magistrates peuvent par inadvertance se fonder sur de telles preuves pour rendre leur décision.*

(d) *Un enfant peut être sujet à des pressions émotionnelles et psychologiques de la part des parties, qui peuvent ne pas être aisément identifiables au cours d'un entretien privé entre l'enfant et le Magistrate* »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Section 148 du *Magistrates Court Act 1980*, Le terme *magistrates' court* « désigne un ou plusieurs juges de paix... ». Les juges de paix sont des juges qui disposent d'une compétence judiciaire limitée aux affaires de faible importance. En vertu de la section 10A du *Justices of the Peace Act 1997* (amendement introduit par la section 78 de l'*Access to Justice Act 1999*), une personne peut être désignée par la Reine sur recommandation du Ministre de la Justice comme Juge de Paix, si elle a pendant sept années remplit les conditions de qualification générale, c'est à dire, au sens du *Court and Legal Services Act 1990*, été titulaire pendant ce laps de temps d'un droit de représentation (*right of audience*) pour un type de procédure spécifique (quel qu'il soit) devant les juridictions supérieures ou pour toutes les procédures devant les *County Courts* et *Magistrates' Courts*. Sont visés ici les avocats. La compétence des *magistrates* s'exerce principalement en matière pénale, mais ils disposent cependant d'une compétence civile et notamment en matière familiale. En vertu des sections 66 et 67 du *Magistrates' Court Act 1980*, lorsqu'elle siège en matière familiale la *Magistrates' Court* est désignée comme la *Family Proceedings Court* (juridiction de première instance en matière familiale, pour les domaines qui ne sont pas exclusivement réservés à la compétence de la *High Court* (*inherent jurisdiction*)); elle est composée de trois *magistrates*, dans la mesure du possible des deux sexes, recrutés parmi les membres du *family panel* (juristes spécialisés en matière familiale).

<sup>2</sup> S. Jones, « The ascertainable wishes and feelings of the child », JCL 4 (1992) 181, p. 184, citant l'affaire *Re T* [1974] 118 SJ 78.

<sup>3</sup> S. Jones, art. préc. p. 184.

<sup>4</sup> S. Jones, art. préc., p. 184.

<sup>5</sup> Juges qui disposent également du pouvoir de siéger dans les cours supérieures de justice, *High court* et Cour d'appel voir *Black's law dictionary*. La distinction qui s'opère ici semble être liée à la formation initiale du juge.

<sup>6</sup> « (a) *Such a power would contravene the rules of natural justice and be open to challenge in the European Court of Human Rights.*

(b) *all relevant evidence should be heard in open court where it can be subject to challenge.*

(c) *a child in private may give inadmissible/irrelevant evidence and magistrates may inadvertently rely on such evidence.*

**377.** Cette différence de traitement, au regard de leur pouvoir d'audition de l'enfant, attachée au rang du juge, nous semble critiquable dans la mesure où, dès la première instance, l'enfant doit avoir la possibilité de se faire entendre directement, s'il dispose de la capacité intellectuelle pour le faire, quelle que soit la qualité du juge qui doit connaître de l'affaire, *Judge* ou *Magistrate*. Néanmoins, il apparaît clairement aux yeux de la doctrine anglaise, que l'audition directe de l'enfant « *n'est pas encouragée chez les Judges, et est formellement désapprouvée chez les Magistrates. Le recours à un Court Welfare Officer pour rapporter les souhaits et sentiments de l'enfant au tribunal, offre une alternative qui semble fonctionner de manière acceptable et fiable* »<sup>1</sup>. En somme, si l'enfant peut être entendu, il ne doit pas l'être par le juge. Cette mission semble alors devoir être réservée à des rapporteurs, qui auront pour mission de transmettre les sentiments exprimés par l'enfant à la juridiction en charge de juger de l'affaire le concernant.

**378.** Cette réticence vis à vis de l'audition directe de l'enfant par le juge nous semble pouvoir être combattue, notamment dans sa justification. Par ailleurs, il nous apparaît tout à fait contradictoire de faire du recueil des souhaits et sentiments de l'enfant l'un des premiers éléments dont il appartient au juge de s'assurer, tout en lui refusant l'usage d'un des moyens qui semble le plus efficace pour y parvenir, à savoir l'audition directe de l'enfant. Il semble qu'il soit assez facilement possible de dépasser les réticences émises à l'encontre de ce principe, d'autant plus que l'audition directe du mineur par le juge anglais a pu être ordonnée dans le passé.

**379.** Dans une affaire *H. v H. (Child : judicial interview)*<sup>2</sup>, des problèmes ont été soulevés par l'audition directe en privé de deux enfants par le juge de première instance, mais ils ne justifient en aucune manière les réticences actuelles. À aucun moment la possibilité de remettre en cause l'audition directe n'est envisagée. Le cœur du problème réside plutôt dans la manière dont l'audition de l'enfant a été consignée et dans sa transmission aux juges de la *Court of Appeal*.

Dans le cadre d'une procédure relative à la garde des enfants, le juge de première instance avait procédé à l'audition directe en privé des deux enfants du

---

(d) *a child may be subjected to emotional or psychological pressure by one of the parties which may not be readily identifiable during a child's private conversation with magistrates* », S. Jones, art. préc., p. 184.

<sup>1</sup> « *This practice is discouraged in the case of judges and is positively frowned upon in the case of magistrates. Using a court welfare officer to transmit the child's wishes and feelings to the court provides an alternative system which appears to operate in an acceptable and reliable manner* », M. Hayes & C. Williams, *Family law, principles, policy and practice*, 2<sup>e</sup> éd. Butterworths 1999, p. 317.

<sup>2</sup> [1974] 1 WLR 595.

couple, respectivement âgés de treize et huit ans. Le juge a ensuite ordonné que la garde des enfants soit confiée au père, à l'encontre des recommandations du *welfare officer*. Il avait consigné l'audition par écrit sous enveloppe scellée, et l'avait transmise à la *Court of Appeal* avec la mention « confidentiel ». La mère a interjeté appel de cette décision. Les juges de la *Court of Appeal*, à la lecture du rapport d'audition, se sont alors aperçus que le juge de première instance avait fait aux enfants une promesse solennelle en vertu de laquelle ce qui pourrait être dit dans le cadre de l'audition resterait tout à fait confidentiel. Or, il semblait tout à fait impossible pour les juges de la *Court of Appeal* de ne pas respecter cette promesse solennelle, tout comme de statuer sans tenir compte du contenu de l'audition <sup>1</sup>. La *Court of Appeal* a donc décidé de recevoir l'appel de la mère et a renvoyé l'affaire devant une autre juridiction afin qu'il soit statué au fond.

**380.** Le débat soulevé était relatif à la portée de la promesse solennelle de confidentialité faite par le juge de première instance aux enfants. Il a été jugé qu'un « *juge ne devait pas promettre à l'enfant que ce qu'il pourrait lui dire en privé ne serait en aucune circonstance révélé : cette révélation pouvant s'avérer nécessaire dans l'intérêt de l'enfant* » <sup>2</sup>. Cependant, si l'utilisation de l'audition directe de l'enfant a été critiquée dans cette affaire, du fait des problèmes procéduraux qu'elle engendrait, il est néanmoins affirmé qu'il « *est bien évidemment souvent préférable dans ce type d'affaire que le juge entende les enfants et qu'il les entende ailleurs qu'en audience publique* » <sup>3</sup>. Ce problème de confidentialité des propos tenus par l'enfant, qui semble un des obstacles majeurs au principe d'audition directe est toutefois loin d'être insurmontable <sup>4</sup>. Il ne saurait par conséquent justifier à lui seul les limites actuelles posées par le droit anglais au principe de l'audition directe de l'enfant par le juge.

**381.** Dans une affaire beaucoup plus récente, *Re M* <sup>5</sup>, le juge Booth a de nouveau réaffirmé qu'il n'était « *pas nécessaire, ni désirable, pour les juges de voir l'enfant. Les questions qu'ils pourraient se poser sur la force des sentiments exprimés par l'enfant, ou les raisons pour lesquelles il les a exprimés, doivent être adressées au guardian*

---

<sup>1</sup> « *Held, that the court could not break the promise given by the judge to the children, nor could it properly hear the appeal on its merits without having before it the material contained in the sealed envelope which might be vital to a proper decision ; and that accordingly the matter should be remitted for rehearing by a different judge* », *H. v H.* [1974] 1 WLR 595, p. 596.

<sup>2</sup> « *A judge should not give a promise to a child that what the child says to him in private will in no circumstances be disclosed : such disclosure might be necessary in the interests of the child* », *H. v H.* [1974] 1 WLR 595, p. 596.

<sup>3</sup> « *It is of course often most desirable in matters of this sort that the judge hearing the case should see the children and should see them otherwise than in open court* », *H. v H.* [1974] 1 WLR, 595, p. 596.

<sup>4</sup> Voir *infra* n° 403.

<sup>5</sup> *Re M (child) (Ascertaining Wishes and Feelings)* [1993] 1 FCR 721.

ad litem *ou au welfare officer* »<sup>1</sup>. Il apparaît en fait que l'opposition au principe d'audition directe de l'enfant par le juge semble profondément ancrée dans la tradition judiciaire anglaise. Par conséquent, si l'enfant souhaite être entendu directement par le juge anglais, la seule possibilité qui lui est offerte est de demander à bénéficier du statut de partie à la procédure<sup>2</sup>. Il en va tout à fait différemment en France et en Écosse.

## B. La mise en œuvre de la consultation directe de l'enfant par le juge dans les systèmes français et écossais

**382.** Malgré l'affirmation dans les textes législatifs d'une préférence pour le principe de l'audition directe de l'enfant par le juge (1), des réticences existent encore en pratique dans la mise en œuvre de ce principe. L'examen de la mise en œuvre de la consultation directe de l'enfant par le juge (2) nous montre néanmoins que les difficultés engendrées par cette consultation peuvent très facilement être surmontées.

### *1. La faveur du législateur pour l'audition de l'enfant directe de l'enfant par le juge*

**383.** En **droit français**, l'audition directe de l'enfant par le juge est prévue par la loi<sup>3</sup>. L'audition directe de l'enfant est une possibilité laissée à la discrétion du juge. Le juge peut soit entendre personnellement l'enfant soit faire procéder à l'audition par une personne désignée à cet effet<sup>4</sup>. Il semblerait cependant que

---

<sup>1</sup> « *It should not be necessary, and it is not generally desirable, for justices to see the child. Any question they have as to the child's strength of feeling, or as to the reasons which he has for the wishes he expresses, should properly be put to the guardian ad litem or to the welfare officer concerned* », *Re M (child) (Ascertaining Wishes and Feelings)* [1993] 1 FCR 726.

<sup>2</sup> Cette demande peut être introduite sur le fondement du *The family procedure rules SI 1991/1247* section 4.7(2)(a) (amendée par le *SI 2001/821*), et *The family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395* section 7(2)(a) (amendée par le *SI 2001/818*), « *In any relevant proceedings a person may file a request in writing that he or another person- (a) be joined as a party, ...* ».

<sup>3</sup> L'article 388-1 du Code civil dispose que l'enfant peut « être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet ».

<sup>4</sup> Article 388-1 al. 2 du Code civil.

l'audition directe de l'enfant par le juge ait eu la préférence du législateur <sup>1</sup>, tout en offrant à tous les magistrats la possibilité de déléguer ce pouvoir à une personne spécialement désignée <sup>2</sup>. Cette possibilité de délégation est toutefois limitée à l'audition de l'enfant dans les conditions de l'article 388-1 du Code civil. En effet lorsque l'audition du mineur est une exigence légale <sup>3</sup>, cette délégation ne peut avoir lieu. La solution est tout à fait équilibrée, dans la mesure où elle montre la confiance du législateur dans la capacité des juges à apprécier leurs propres compétences. L'important étant de faire en sorte que la voix de l'enfant atteigne le juge, et ce, dans les meilleures conditions. Il est en effet, largement préférable que l'enfant soit entendu par une personne compétente pour mener à bien cette audition, plutôt que par un juge ne disposant d'aucune formation spécifique ou du désir pour le faire.

**384.** Il est vrai cependant qu'aux yeux de l'enfant, l'audition par une personne désignée par le juge peut dans certaines circonstances apparaître comme une audition au rabais. En effet, comme l'a très justement affirmé un auteur : « *le juge est le décideur et l'enfant le sait* » <sup>4</sup>. Si l'enfant s'adresse au juge directement, c'est sans doute que les choses qu'il a à dire n'ont pas été relayées, ou n'ont pas encore atteint la personne qui prend la décision. Comme le suggère la Circulaire du 3 mars 1993 <sup>5</sup> « *lorsqu'aucun élément ne justifie d'écarter l'audition sollicitée par l'enfant, le droit de celui-ci de demander à s'exprimer devant le juge paraît impliquer, sous réserve de l'appréciation des juridictions, que sauf pour des motifs tout à fait exceptionnels, le mineur soit entendu par le magistrat et non par une personne déléguée à cette fin* » <sup>6</sup>. L'enfant qui demande à être entendu par le juge devrait se voir accorder la possibilité d'être entendu directement par lui.

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, p. 159.

<sup>2</sup> L'article 1.2.1 de la partie IV de la Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant dispose « *l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 388-1 ne lui impose pas d'entendre personnellement l'intéressé (...). Il peut mandater à cet effet toute personne de son choix* ».

<sup>3</sup> L'audition du mineur par le magistrat est dans certaines procédures imposée par la loi. L'article 477 du Code civil pose le principe de l'audition du mineur dans le cadre de la procédure d'émancipation ; l'article 1183 du NCPC impose au juge des enfants d'entendre l'enfant lorsqu'il est amené à ordonner une mesure d'assistance éducative.

<sup>4</sup> J-C .Kross, « 'De l'homme orchestre au virtuose ?' ou les impressions subjectives de lecture de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *Gaz. Pal.* 1993, 3, p. 1160.

<sup>5</sup> Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, JO 24 mars 1993, p. 4555.

<sup>6</sup> *Idem*, partie IV, article 1.2.1.

**385.** Cette solution contestée <sup>1</sup> n'en demeure pas moins une solution satisfaisante, prenant la mesure de la portée réelle de l'article 388-1 du Code civil <sup>2</sup>. En effet, l'enfant qui prend l'initiative de son audition ne devrait légitimement pas pouvoir se voir opposer son absence de discernement pour justifier le refus d'être entendu directement par le juge. De plus, si dans ces circonstances la volonté du législateur avait été que l'enfant puisse être entendu par un tiers spécialement désigné, il n'aurait sans doute pas pris la peine de préciser que celui-ci peut alors être entendu « *avec un avocat ou une personne de son choix* » <sup>3</sup>, dans la mesure où cet accompagnement ne se révèle que d'un intérêt très limité face à un travailleur social. L'enfant qui souhaite rencontrer le juge est forcément un enfant tout à fait capable de dialoguer avec lui dans un langage courant. Quant aux craintes relatives à la manipulation éventuelle de l'enfant qui sollicite une audition, par l'un de ses parents, elles ne peuvent en aucun cas déterminer la règle qui doit s'appliquer au plus grand nombre d'entre eux. En effet, la manipulation par les parties des personnes entendues par le juge fait partie du quotidien en matière judiciaire, de même que le mensonge et la mauvaise foi. La formation reçue par les juges doit leur permettre de déjouer raisonnablement ces pratiques, qu'elles soient exercées sur un enfant ou sur tout autre justiciable. Ceci ne peut à l'évidence servir de justification aux réticences que suscite l'audition directe de l'enfant par le juge.

**386.** La position de l'enfant au regard de l'audition se trouve aujourd'hui renforcée, en droit français, par la possibilité qui lui est offerte d'obliger le juge à l'entendre ou au contraire de refuser de se soumettre à l'audition à laquelle il serait convié. Le refus du mineur de se soumettre à l'audition a toujours été préservé au titre de son droit à être entendu, qui contient par essence le refus d'exercer ce droit. Toutefois, la loi du 5 mars 2007 <sup>4</sup> a renforcé la place du mineur en mentionnant très clairement dans les dispositions du nouvel article 388-1 du Code civil, l'éventualité du refus d'audition <sup>5</sup>. Par ailleurs, cette loi vient renforcer le droit à l'audition du mineur en supprimant la possibilité pour le juge de refuser d'entendre

---

<sup>1</sup> Voir la critique de Mme le professeur Neirinck, « L'enfant et la procédure civile », *Petites Affiches* 3 mai 1995 p. 77. L'auteur avance que cette interprétation ne reposerait sur aucun fondement légal, du fait de l'absence de force obligatoire d'une circulaire en droit privé. Cette interprétation semble pourtant la plus conforme à l'esprit et à la lettre de l'article 388-1 du Code civil.

<sup>2</sup> Cette interprétation a été reprise par une bonne partie de la doctrine. Voir entre autres J. Massip, « L'audition de l'enfant en justice et la défense de ses intérêts », *Deffrénois* 1993, p. 681 ; J.-C. Kross, « 'De l'homme orchestre au virtuose ?' ou les impressions subjectives de lecture de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 », *Gaz. Pal.* 1993, 3, p. 1160.

<sup>3</sup> Article 388-1 al. 2 du Code civil.

<sup>4</sup> Loi n°207-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

<sup>5</sup> L'article 388-1 al. 2 du Code civil dispose « *lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien fondé de ce refus* ».

l'enfant qui en ferait la demande. En effet, le nouvel article 388-1 al. 2 du Code civil dispose : « *cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande* ». Ainsi, en droit français le juge ne dispose-t-il plus de la possibilité d'écarter l'audition de l'enfant par une décision spécialement motivée. La réforme de l'article 388-1 du Code civil permet ainsi de consacrer en droit français, un droit véritable à l'audition directe de l'enfant par le juge.

**387.** Cette réforme va dans le sens d'une mise en conformité du droit français avec les dispositions du Règlement Bruxelles II bis, en garantissant la place de l'enfant dans les procédures matrimoniales le concernant. Les efforts devront alors désormais se concentrer sur la formation des magistrats à l'audition d'enfants, dans la mesure où ils ne peuvent plus désormais échapper à la rencontre avec l'enfant qui désirerait être entendu.

**388.** En **droit écossais**, la section 11 du *Children (Scotland) Act 1995* organise le recueil de l'avis de l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale, et dans la prise de décision concernant l'enfant. Ces procédures relèvent pour la plupart de la compétence des *Sheriff Courts*<sup>1</sup>. La section 11(7)b du *Children (Scotland) Act 1995* dispose que « *le juge, en tenant compte de l'âge et de la maturité de l'enfant, doit dans la mesure du possible*

- *donner à l'enfant l'opportunité de faire savoir s'il souhaite ou non exprimer son opinion.*

- *si l'enfant le souhaite, lui donner l'opportunité de le faire et prendre en considération les opinions ainsi exprimées* »<sup>2</sup>.

**389.** Une des étapes préliminaires à l'audition de l'enfant, sera donc la demande de l'avis de l'enfant sur le principe même d'une telle audition. Ce qui semble des plus respectueux de la personne de l'enfant. Cette évidence n'a pas été expressément posée en droit français, mais il va de soi que l'enfant ne peut pas être

---

<sup>1</sup> La *Court of Session* partage la compétence de statuer sur ce fondement dans le cadre des procédures de divorce avec la *Sheriff Court*. En effet, la *Court of Session* est également compétente pour connaître des procédures de divorce en première instance, dès lors que les deux époux ont résidé habituellement en Écosse pendant un an au moins, avant l'introduction de la demande. Section 7(3) du *Domicile and Matrimonial Proceeding Act 1973*. Néanmoins, les statistiques judiciaires écossaises montrent que la quasi-totalité des demandes de divorce sont introduites en première instance devant les *Sheriff Courts*. Pour l'année 2002, sur les 10826 demandes en divorce introduites, seulement 136 l'ont été en première instance devant la *Court of Session*. Voir Civil judicial Statistics Scotland 2002, chapitre 6 tableau 6.1. [www.scotland.gov.uk/library5/justice/cjs02-00.asp](http://www.scotland.gov.uk/library5/justice/cjs02-00.asp).

<sup>2</sup> « *The court taking account of the child's age and maturity, shall so far as practicable-*  
(i) *give him an opportunity to indicate whether he wishes to express his views ;*  
(ii) *if he does so wish, give him an opportunity to express them ; and*  
(iii) *have regard to such views as he may express* », section 11(7)b du *Children (Scotland) Act 1995*.

contraint à donner son avis s'il s'y refuse. Comme le fait remarquer Mme le professeur Gouttenoire, « *la faculté accordée au mineur de s'exprimer sur une question qui le concerne est une prérogative et non une obligation* »<sup>1</sup>. Même lorsque l'audition est à l'initiative du juge, le refus de l'enfant d'être entendu est un obstacle rédhibitoire.

**390.** Le principe de l'audition directe de l'enfant par le juge a été affirmé sans ambiguïté par les règles qui ont été adoptées consécutivement à la mise en œuvre du *Children (Scotland) Act 1995*. En effet, les règles de procédures applicables dans les procédures familiales<sup>2</sup>, ont été modifiées afin d'intégrer les nouveaux principes posés par le *Children (Scotland) Act 1995*.

**391.** La règle 33.20 de l'*O.C.R. 1993*, qui organise la consignation de la volonté de l'enfant dans les procédures introduites devant la *Sheriff Court*<sup>3</sup>, s'applique « *que le point de vue de l'enfant sur l'affaire le concernant soit exprimé directement au sheriff, ou bien à une personne spécialement désignée à cet effet, ou encore par écrit* »<sup>4</sup>. L'exigence légale de donner à l'enfant l'opportunité de s'exprimer dans le cadre de la procédure judiciaire<sup>5</sup> n'a cependant pas rendu l'audition de l'enfant par les *sheriffs* tout à fait banale. En effet, dans une étude menée par l'Unité Centrale de Recherche du Gouvernement Écossais<sup>6</sup>, il apparaît que si les juges ont conscience de l'importance à donner aux souhaits de l'enfant dans les procédures les concernant, seulement 17 % d'entre eux seraient prêts à entendre directement l'enfant<sup>7</sup>, à sa demande. Comme en droit anglais, l'impossibilité de garder le contenu de l'audition confidentiel est avancée pour justifier cette réticence, alors même que des dérogations expresses au principe du contradictoire sont prévues par les règles de procédure.

---

<sup>1</sup> A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, p. 154.

<sup>2</sup> Pour les procédures engagées devant la *Sheriff Court*, *Act of sederunt (Sheriff Court ordinary cause rules) 1993 SI 1993 n° 1956* après amendements par l'*Act of Sederunt (Family proceedings in the Sheriff court) 1996, SI 1996 n° 2167*. Pour les procédures engagées devant la *Court of Session*, *Act of sederunt (Rules of the Court of Session 1994) 1994, SI 1994 n° 1443*, après amendements par l'*Act of Sederunt (Rules of the Court of Session Amendment n° 5) (Family actions and miscellaneous) 1996, SI 1996 n° 2587*.

<sup>3</sup> Nous pouvons noter ici que l'équivalent de cette règle n'a pas été introduite dans le corps de règles de procédure applicable devant la *Court of Session*, *Act of sederunt (Rules of the Court of Session 1994) 1994, SI 1994 n° 1443*, après amendements par l'*Act of Sederunt (Rules of the Court of Session Amendment n° 5) (Family actions and miscellaneous) 1996, SI 1996 n° 2587*.

<sup>4</sup> « *This rule applies where a child expresses a view on a matter affecting him whether expressed personally to the sheriff or to a person appointed by the sheriff for that purpose or provided by the child in writing* », Règle 33.20 de l'*Act of sederunt (Sheriff Court ordinary cause rules) 1993 SI 1993 n° 1956* après amendements par l'*Act of Sederunt (Family proceedings in the Sheriff court) 1996, SI 1996 n° 2167*.

<sup>5</sup> Section 11(7)b du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>6</sup> Scottish Executive Central Research Unit, *Voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995. Giving due regard to the children's view in all matters that affect them*. Central Research Unit 2002.

<sup>7</sup> Scottish Executive Central Research Unit, *op. cit.*, para. 2.2.5, p. 18.

## 2. La mise en œuvre de la consultation directe

**392.** Si dans les systèmes français et écossais la consultation directe de l'enfant par le juge peut prendre la forme d'une audition (a) le législateur écossais a fait preuve d'innovation en ce domaine en offrant la possibilité pour l'enfant de communiquer directement par écrit avec le juge (b).

### a. L'audition de l'enfant par le juge

**393.** Parmi les règles qui organisent l'audition directe de l'enfant par le juge, un des points essentiels dans les systèmes français et écossais semble être que l'enfant doit être accompagné dans cette épreuve. Ainsi, en **droit français**, l'article 388-1 al. 2 du Code civil dispose que l'enfant « *peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix* »<sup>1</sup>. Le juge dispose d'un pouvoir de contrôle dans la mesure où il peut remettre en cause le choix effectué par le mineur, si celui-ci « *n'apparaît pas conforme à* » son intérêt<sup>2</sup>. C'est bien l'accompagnement du mineur qui est prévu par la loi et non son assistance, malgré la nouvelle formulation de l'article 388-1 du Code civil. En effet, lors de l'introduction dans le Code civil de la possibilité pour l'enfant concerné par la procédure d'être entendu par le juge, le terme d'assistance qui a « *une connotation particulière* »<sup>3</sup>, ainsi que tout élément permettant de rapprocher le statut de l'enfant entendu de celui de partie à la procédure, avaient, lors des débats parlementaires, soigneusement été écartés. C'est une précaution que le législateur de 2007 n'a pas pris la peine de prendre, puisque l'article 388-1 al 4 impose au juge de vérifier que « *le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat* ». Néanmoins, ne nous y trompons pas, l'alinéa 3 de cet article qui précise que « *l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure* », interdit toute confusion entre l'assistance dont il est question avec celle, entendue au sens juridique stricte, prodiguée par un avocat à l'une des parties à la procédure.

---

<sup>1</sup> Article 388-1 al. 2 du Code civil.

<sup>2</sup> Article 388-1 al. 2 du Code civil.

<sup>3</sup> Selon les termes du sénateur L. Dejoie. Séance du 22 décembre 1992.

**394.** Le mineur entendu est donc accompagné, et s'il le souhaite, ce peut être par un avocat. Cette faculté doit pouvoir être mise en œuvre, que l'audition soit à l'initiative du juge ou bien à celle du mineur <sup>1</sup>. Toutefois, elle ne peut l'être que si l'enfant a pu avoir connaissance de cette possibilité. C'est pourquoi les articles 338-5 et 338-7 al. 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile imposent que cette information lui soit communiquée au plus tard le jour où il se présente devant le juge, s'il se présente seul, et dans les autres circonstances en même temps que sa convocation à l'audition.

**395.** Le **droit écossais** donne également la possibilité au mineur d'être entendu directement par le juge. Le juge peut décider de notifier à l'enfant le fait qu'une procédure relative aux droits et responsabilités parentales a été engagée <sup>2</sup>. Dans ces circonstances, une notification est adressée personnellement à l'enfant, accompagnée de renseignements sur la manière pour lui d'obtenir des informations légales. Mais surtout cet envoi l'informe de la possibilité qui lui est offerte d'exprimer ses opinions, s'il le souhaite. À cette notification est attaché un formulaire de réponse spécifique <sup>3</sup>, que l'enfant pourra utiliser en retour.

**396.** Pour certains auteurs, ce procédé de notification directe à l'enfant n'est pas des plus appropriés pour s'assurer de la participation du mineur <sup>4</sup>. Mis à part « *l'absence de moyens effectifs permettant de vérifier que l'enfant a bien reçu la notification* » <sup>5</sup>, des doutes existent quant à l'accessibilité du document au plus grand nombre. En effet, bien que les Formulaires F9 et 49.8-N soient rédigés de manière très simple, Mme le professeur Sutherland se demande, avec raison, si l'enfant lira effectivement le document et s'il pourra en saisir toute l'importance et la portée <sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Jurisclasseur fasc 720, *Minorité*, art. 55.

<sup>2</sup> Procédures engagées sur le fondement de la section 11 du *Children (Scotland) Act 1995*. Voir *supra* n° 343.

<sup>3</sup> Les formulaires F9 ou 49.8-N selon que la procédure est respectivement introduite en première instance devant la *Sheriff Court* ou la *Court of Session*.

<sup>4</sup> Voir notamment sur ce point E. E. Sutherland, *Child and Family Law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, p. 93. De même R. Gallagher fait remarquer que le système repose sur la présomption que l'enfant recevra effectivement la notification. R. Gallagher, *Children and young people's voice, the Law, Legal Services, Systems and Processes in Scotland*, Scottish child law centre, The Stationery Office Edimbourg 1999, p. 66. Les deux auteurs retiennent comme risque principal, l'interception du courrier par le parent avec qui l'enfant réside.

<sup>5</sup> « *À l'heure actuelle rien ne permet de vérifier que l'enfant la recevra effectivement* », R. Gallagher, *Children and young people's voice, the Law, Legal Services, Systems and Processes in Scotland*, Scottish child law centre, The Stationery Office Edimbourg 1999, p. 66.

<sup>6</sup> « *There is considerable doubt over whether a child will necessarily read the letter or, if he or she does whether its contents and their importance will be understood* » E. E. Sutherland, *Child and Family Law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, p. 93.

**397.** La formulation des trois questions posées à l'enfant est suffisamment claire pour pouvoir être comprise par le plus grand nombre d'entre eux <sup>1</sup>. Il semble cependant que les *sheriffs* en fassent un usage très limité ce qui est tout à fait regrettable. En effet, une enquête menée par l'Unité Centrale de Recherche du Gouvernement Écossais <sup>2</sup> a pu arriver à la conclusion que ce formulaire restait largement inutilisé. Sur l'ensemble du panel d'enfants participant à l'enquête, un seul d'entre eux avait renvoyé le Formulaire F9. Tous les autres affirmaient n'en avoir jamais eu connaissance <sup>3</sup>.

**398.** Par ailleurs, la possibilité de communiquer par écrit avec le juge se trouve réservée aux enfants capables d'exprimer leurs sentiments par écrit. L'enquête menée par l'Unité centrale de Recherche du Gouvernement Écossais met en évidence une large préférence des enfants pour une communication orale plutôt qu'écrite avec le juge <sup>4</sup>. Au vu de ces conclusions il apparaît tout à fait bienvenu que les textes <sup>5</sup> aient prévu que l'enfant puisse faire parvenir au juge sa volonté d'émettre un avis sur la procédure le concernant, par quelque moyen que ce soit <sup>6</sup>. Une fois informé de la volonté de l'enfant d'exprimer son opinion, le juge ne peut prendre sa décision sans avoir donné à l'enfant la possibilité de s'exprimer, et sans que les opinions ainsi émises soient dûment prises en considération <sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Les formulaires F9 et 49.8-N posent trois questions identiques à l'enfant :

Première question : « *souhaites-tu que le sheriff [la Cour, dans le formulaire 49.8-N] connaisse tes opinions sur ce qui va être décidé pour toi* ». Il n'est répondu à la deuxième et à la troisième question que s'il a été répondu par l'affirmative à la première.

Deuxième question : « *souhaites-tu qu'un ami, un proche ou une personne de ton choix dise au sheriff [au juge, dans le formulaire 49.8-N] quelles sont tes opinions* ». Il est ensuite demandé à l'enfant de communiquer le nom et l'adresse de la personne qu'il a choisie.

Troisième question : « *souhaites-tu écrire au sheriff [au juge, dans le formulaire 49.8-N] afin de l'informer de tes opinions* ».

<sup>2</sup> *Voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995*. Vol 2 Scottish Executive Central Research Unit Edimbourg 2002.

<sup>3</sup> « *Only one young person had filled in Form F9 and all the remaining young people consulted stated that they had never seen it before* », *Idem*, para 4.5.11, p. 47.

<sup>4</sup> « *Some children stated a definite preference for verbal communication over written when expressing their views* », *Ibidem*, para 4.5.12, p. 47.

<sup>5</sup> « *... where that child has (...) (b) otherwise indicated to the court a wish to express views on matter affecting him* », O.C.R. 1993 règle 33.19(1)(b) et R.C.S. 1994 règle 40.20(1)(b).

<sup>6</sup> Un appel téléphonique au greffier du juge semble pouvoir être suffisant. Sur ce point voir E. E. Sutherland, *Child and Family Law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, p. 93.

<sup>7</sup> « *Where a child had indicated his wish to express his views, the sheriff shall order such steps to be taken as he considers appropriate to ascertain the views of that child* » règle 33.19(2) de l'O.C.R. 1993 ; « *the sheriff shall not grant an order in a family action, in relation to any matter affecting a child who has indicated his wish to express his views, unless due weight has been given by the sheriff to the views expressed by that child, having due regard to his age and maturity* », règle 33.19(3) de l'O.C.R. 1993. Devant la *Court of Session* des dispositions identiques sont posées par les règles 40.20(2) et 40.20(3) des R.C.S. 1994.

**399.** Une enquête menée auprès des avocats <sup>1</sup> a pu mettre en avant un certain nombre de critiques formulées à l'encontre des pratiques d'audition directe de certains *sheriffs*, ainsi que sur le manque de qualifications de certains. Il est principalement remarqué que la qualité et l'efficacité de l'audition directe de l'enfant dépend de l'aptitude du *sheriff* à mener cette audition, ainsi que de ses qualifications dans le domaine de la communication avec un enfant <sup>2</sup>.

**400.** La manière dont le point de vue de l'enfant doit être recueilli et consigné a par conséquent été précisée dans les procédures devant la *Sheriff Court* <sup>3</sup>. Les règles ainsi posées s'appliquent que l'enfant exprime directement ses opinions au *sheriff*, oralement ou par écrit ; ou bien que ses opinions soient transmises à ce dernier par une personne spécialement désignée pour recueillir les opinions de l'enfant. Ces règles prévoient la consignation par écrit des dires de l'enfant. Ces derniers sont ensuite placés sous enveloppe cachetée, portant l'inscription « opinions de l'enfant-confidentiel ». Cette enveloppe doit être conservée avec les autres pièces du procès, sans être inventoriée. Seul le *sheriff* peut avoir connaissance de son contenu. Elle n'appartient pas à la catégorie de pièces que les parties ont le droit d'emprunter pour consultation <sup>4</sup>. Le droit écossais a, dans ses textes réglementaires, donné la préférence à la confidentialité des opinions émises par l'enfant, au détriment du principe du contradictoire. En effet, selon les termes de la règle 33.20(2) de l'*O.C.R. 1993*, à aucun moment les parties ne pourront avoir accès au document renfermant l'opinion de l'enfant. La règle est sans doute contraire au principe d'un procès équitable, dans la mesure où les parties au procès n'ont pas accès à l'ensemble des éléments pouvant emporter la décision du juge. Cependant, si les textes réglementaires posent le principe d'une confidentialité absolue, la jurisprudence écossaise est tout à fait divisée. Dans l'arrêt *Dooso v. Dooso* <sup>5</sup> deux enfants avaient été entendus par un *reporter*. Ils avaient demandé la

---

<sup>1</sup> Voir R. Gallagher, *Children and young people's voice, the Law, Legal Services, Systems and Processes in Scotland*, Scottish child law centre, The Stationery Office Edimbourg 1999, p. 66-67.

<sup>2</sup> Il ressort de leur propos que seuls les *sheriffs* qualifiés pour mener ce type d'audition devraient avoir la possibilité d'entendre directement l'enfant. R. Gallagher, *Children and young people's voice, the Law, Legal Services, Systems and Processes in Scotland*, Scottish child law centre, The Stationery Office, Edimbourg 1999, p. 67.

<sup>3</sup> Règle 33.20 (2) de l'*O.C.R. 1993*.

<sup>4</sup> « *The sheriff or the person appointed by the sheriff, shall record the views of the child in writing ; and the sheriff may direct that such views, and any written views, given by the child shall*

*(a) be sealed in an envelope marked « views of the child-confidential »*

*(b) be kept in the court process without being recorded in the inventory of process*

*(c) be available to the sheriff only*

*(d) not be opened by any person other than the sheriff and*

*(e) not form a borrowable part of the process », règle 33.20(2) de l'*O.C.R. 1993*.*

<sup>5</sup> *Dosoo v. Dosoo* 1999 SLT (sh.Ct) 86.

confidentialité de leurs propos, ceux-ci ayant été consignés par écrit et placés sous enveloppe cachetée. Le défendeur a demandé que cette pièce lui soit communiquée, en invoquant une violation des articles 6 et 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme <sup>1</sup>. Le juge a statué dans le sens du caractère absolu du principe de confidentialité, la seule limite étant l'existence de « *circonstances irrésistibles* » <sup>2</sup>. La même année, dans l'affaire *McGrath v. McGrath* <sup>3</sup>, la position opposée a été retenue par les juges, pour qui le « *principe selon lequel les parties doivent avoir accès à l'ensemble des pièces est un principe fondamental* » <sup>4</sup>.

**401.** Face à ce dilemme, la jurisprudence écossaise <sup>5</sup> semble avoir choisi de faire de la question de la confidentialité des opinions exprimées par l'enfant une question ne relevant pas du seul examen de son intérêt, le principe du contradictoire devant aussi être respecté. Pour Mme le professeur Cleland, l'enfant ne peut en aucun cas voir la confidentialité de ses propos garantie par les *reporters* <sup>6</sup>.

**402.** En **France**, les pratiques mises en place par certains tribunaux semblent, sur la question de l'enregistrement des opinions de l'enfant, avoir atteint un point d'équilibre tout à fait satisfaisant. Comme l'affirme Mme le professeur Gouttenoire : « *entendre le mineur revient aussi à permettre à ce dernier d'imposer aux parties l'existence de son avis personnel sur son intérêt* » <sup>7</sup>, par conséquent le contenu de l'audition de l'enfant ne doit pas être placé, de manière absolue, sous le sceau du secret. La réalisation d'un procès-verbal d'audition avec le concours actif de l'enfant <sup>8</sup> est une des solutions permettant de respecter de façon tout à fait satisfaisante le principe du contradictoire, sans enlever à la parole de l'enfant le poids qui doit être le sien dans la décision du juge. Rien ne fait obstacle à ce que le juge entende directement l'enfant de façon informelle. Ensuite le contenu du

---

<sup>1</sup> Voir pour plus de détails sur cette affaire A. Cleland, « The child's right to be heard and represented in legal proceedings », *Children's rights in Scotland*, sous la direction de A. Cleland et E.E. Sutherland, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell Edimbourg 2001, p. 197, para. 10.73.

<sup>2</sup> « *For a child to feel able to express his views freely he had to feel confident in privacy if he wished, which the court should respect except in compelling circumstances* », A. Cleland, « The child's right to be heard and represented in legal proceedings », *Children's rights in Scotland*, sous la direction de A. Cleland et E.E. Sutherland, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell Edimbourg 2001, para. 10.73, p. 197.

<sup>3</sup> *McGrath v. McGrath* 1999 SLT 90.

<sup>4</sup> « *It was a fundamental principle that a party was entitled to disclosure of all materials* », A. Cleland, art. préc., para. 10.74, p. 198.

<sup>5</sup> *Oyenyin v. Oyenyin* 1999 GWD 38-1386

<sup>6</sup> A. Cleland, art. préc., para. 10.74, p. 198.

<sup>7</sup> A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, p. 187.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 189.

procès-verbal d'audition pourra être déterminé par le juge et l'enfant ensemble, ce procès-verbal étant destiné à être communiqué aux parties <sup>1</sup>. En faisant participer l'enfant à la rédaction du procès-verbal, le juge peut s'assurer que les opinions qu'il retranscrit sont effectivement celles que l'enfant a voulu exprimer. L'enfant, en participant à la rédaction de ce procès-verbal se trouve de son côté rassuré sur le contenu de ce qui sera communiqué à ses parents. Il va de soi que si l'enfant ne souhaite absolument pas voir figurer certains éléments dans le procès-verbal, le juge ne pourra les y inscrire ; cependant il les aura entendus, et pourra les prendre en compte, sans que l'application du principe du contradictoire n'apparaisse dénaturée.

#### b. Le recueil par écrit des sentiments de l'enfant

**403.** Le **droit écossais** a prévu une manière tout à fait originale pour l'enfant de faire parvenir son opinion au juge. En effet, à la notification informant l'enfant qu'une procédure le concernant a été engagée, est joint un formulaire spécifique, le Formulaire F9 <sup>2</sup> ou le Formulaire 49.8-N <sup>3</sup>. Ces deux formulaires sont rédigés en des termes quasi identiques. Il nous semble être un moyen de communication avec l'enfant tout à fait efficace, dès lors que ce dernier est capable de transcrire ses sentiments. En effet, la confrontation de l'enfant avec le monde judiciaire peut pour certains se révéler intimidante ; par cette communication écrite l'enfant sera consulté sans avoir à être physiquement confronté à la procédure judiciaire. Il semble cependant que cette faculté de communication de l'enfant au juge soit sous-utilisée par les *sheriffs* <sup>4</sup>.

**404.** Les formulaires, après l'avoir informé qu'une procédure le concernant a été engagée, avertissent l'enfant que le juge peut à cette occasion souhaiter le

---

<sup>1</sup> Cette pratique est née dans les cabinets des juges aux affaires familiales parisiens.

<sup>2</sup> Lorsque la procédure est engagée devant la *Sheriff Court*, règle 33.7(1)(h) de l'*Act of sederunt (Sheriff Court ordinary cause rules) 1993 SI 1993 n° 1956* après amendements par l'*Act of Sederunt (Family proceedings in the Sheriff court) 1996, SI 1996 n° 2167*.

<sup>3</sup> Lorsque la procédure est engagée devant la *Court of Session*, règle 49.8(1)(h), de l'*Act of sederunt (Rules of the Court of Session 1994) 1994, SI 1994 n° 1443*, après amendements par l'*Act of Sederunt (Rules of the Court of Session Amendment n° 5) (Family actions and miscellaneous) 1996, SI 1996 n° 2587*.

<sup>4</sup> Conclusion à laquelle est arrivée l'enquête menée l'Unité Centrale de Recherche du Gouvernement Écossais, *Voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995*. Vol 2 Scottish Executive Central Research Unit Edimbourg 2002, p. 47 para 4.5.12.

rencontrer <sup>1</sup>. Ils posent ensuite directement à l'enfant la question de savoir s'il souhaite exprimer un avis sur son avenir. L'enfant coche la case oui ou non selon ses désirs. Si l'enfant émet le souhait d'être consulté, il peut soit faire rapporter au juge sa volonté par l'intermédiaire d'un proche ou d'un ami, soit utiliser le formulaire de réponse ou un papier libre pour écrire au juge quelles sont ses opinions. Une enveloppe retour, type enveloppe T, est toujours jointe aux formulaires.

**405.** L'enfant qui se voit offrir la possibilité d'écrire au juge dispose d'un moyen direct d'accès au juge. L'enquête réalisée par l'Unité Centrale de recherche du Gouvernement Écossais, a mis en avant le fait que la majorité des enfants consultés auraient envisagé de remplir ce formulaire s'ils l'avaient eu entre les mains, tout en indiquant toutefois qu'ils auraient eu besoin d'aide pour le remplir <sup>2</sup>. Pour faire face à cette difficulté, les formulaires informent l'enfant qu'il peut obtenir gratuitement l'aide d'un avocat pour répondre aux questions, de même ils l'informent de la possibilité qui lui est offerte de contacter gratuitement par téléphone le *Scottish Child Law Centre*, dont le numéro de téléphone est inséré à la suite.

**406.** Le recueil des opinions du mineur par une communication directe de l'enfant avec le juge au moyen d'une lettre a été totalement désapprouvé en droit anglais <sup>3</sup>. En effet, le professeur Mitchell fait remarquer à ce sujet, que ce procédé est sujet à caution, et que le « *parent vivant avec l'enfant court le risque de se voir soupçonné d'avoir dicté cette lettre ou de l'avoir encouragée* » <sup>4</sup>. Ce système semble cependant bien fonctionner en Écosse, et l'enquête menée par l'Unité Centrale de Recherche du Gouvernement Écossais est arrivée à la conclusion que ces lettres étaient un « *moyen efficace d'insertion des opinions de l'enfant à la procédure* » <sup>5</sup>. En effet, l'enfant dispose par l'écriture, d'une totale maîtrise de ce qui est transmis au juge. La rédaction de cette lettre chez lui dans un environnement familial, ou avec l'aide

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 395.

<sup>2</sup> « *Most child informant thought that they or friends of their age would consider completing the form if they received it, although a large proportion were put off by the long words and said that they would need help to complete it* », *Voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995*. Vol 2 Scottish Executive Central Research Unit Edimbourg 2002, para 4.5.12, p. 47.

<sup>3</sup> Voir sur ce point J. Mitchell, *Children Act Private Law Proceedings : a Handbook*, Family law, Jordan Publishing 2003, p. 191 para 11.16.

<sup>4</sup> « *The residential parent runs the risk of being suspected of having dictated the letter or having encouraged it...* », J. Mitchell, *Children Act Private Law Proceedings : a Handbook*, Family law, Jordan Publishing 2003, para 11.16, p. 191.

<sup>5</sup> « *Reports from children and legal professionals suggest that letters written by children to the court are an effective means of incorporating children's views into proceedings* », *Voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995*. Vol 2 Scottish Executive Central Research Unit Edimbourg 2002, para. 4.5.13, p. 48.

d'un avocat, peut lui permettre d'exprimer plus sereinement ses opinions, sans avoir l'impression de subir un interrogatoire. L'enfant qui utilise ce procédé acquiert le statut de « *third party minuter* », qui est réservé aux tiers ayant un intérêt dans l'instance introduite. Ce statut permet de faire connaître au juge leur point de vue sur l'affaire en cours par le moyen d'un dépôt de conclusions.

**407.** Le contact direct avec le juge nous semble tout à fait satisfaisant, l'enfant s'adresse à la personne qui prendra la décision, ce qui peut lui donner le sentiment d'être véritablement entendu. L'enquête réalisée par l'Unité Centrale de Recherche du Gouvernement Écossais montre clairement que les enfants sont sensibles à cette possibilité qui leur est offerte d'écrire directement à leur avocat ou au *sheriff*<sup>1</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Fourman v. Fourman*<sup>2</sup>, le *sheriff* Morrison, a pu décider que le fait pour la jeune fille d'être intervenue dans la procédure en tant que *third party minuter* était « *tout à fait approprié* »<sup>3</sup>.

**408.** Le contact direct entre l'enfant et le juge, que ce soit par le biais d'une audition ou bien par la possibilité offerte à l'enfant de lui écrire directement, est à privilégier. L'enfant a besoin de sentir qu'il n'est pas exclu du processus qui conduit à une décision dont il est le principal intéressé. Il doit pouvoir participer à ce processus, si cela est son désir. Les juges savent être des interlocuteurs privilégiés pour l'enfant, c'est pourquoi la position actuelle du droit anglais, et son manque de confiance dans les capacités des juges à entendre directement l'enfant est à regretter<sup>4</sup>. Dans la pratique, l'audition directe de l'enfant par le juge reste marginale, en effet, le droit anglais privilégie le recueil de la volonté de l'enfant par un intermédiaire. Dans cette optique, un organe central, le *Child And Family Court Advisory and Support Service* (CAFCASS) a été créé depuis peu. Il dispose d'une compétence quasi exclusive pour rapporter au juge les opinions de l'enfant ainsi que pour le représenter en justice.

---

<sup>1</sup> « *The facility to write directly to their lawyer or to the sheriff is clearly appreciated by children* », *Voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995*. Vol 2 Scottish Executive Central Research Unit Edimbourg 2002, para. 4.5.13, p. 48.

<sup>2</sup> 1998 Fam. LR 98.

<sup>3</sup> « *The procedure adopted here of PF becoming a party minuter was entirely appropriate* », *Fourman v. Fourman* 1998 FLR 103. Pour le juge cette procédure a permis à la jeune fille âgée de quatorze ans d'exprimer son opinion, dans une procédure où sa mère avait demandé au *sheriff* une *specific issue order* afin de pouvoir partir vivre avec sa fille en Australie. Le père s'opposait à ce départ. Pour le *sheriff* Morrison qui a eu à connaître de l'affaire, ce statut de *third party minuter* permet à l'enfant de prendre part à la procédure en tant que partie sans pour autant être impliqué directement dans le conflit parental.

<sup>4</sup> Toutefois, certains juges passent outre les réticences du législateur et de la doctrine sur ce point en décidant d'entendre directement l'enfant en privé. Voir notamment l'affaire *H. v. H.* [1974] 1 WLR 595.

## §2. La consultation indirecte de l'enfant

**409.** Les systèmes français, anglais et écossais prévoient la possibilité de faire recueillir les sentiments du mineur par une personne spécialement désignée à cet effet. Si en droit français et en droit anglais l'opportunité de cette désignation appartient au juge (A), en droit écossais la personne qui va être chargée de communiquer ses sentiments au juge peut être désignée par l'enfant lui-même (B).

### A. L'audition de l'enfant par une personne désignée par le juge

**410.** Le **droit français** n'impose pas au juge de procéder directement à l'audition de l'enfant. En effet, l'article 388-1 du Code civil laisse la possibilité au juge de faire procéder à cette audition par une personne qu'il aura spécialement désignée à cet effet. Lorsqu'il est amené à statuer sur « *les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite* »<sup>1</sup> ou sur une décision « *confiant l'enfant à un tiers* », l'article 373-2-12 du Code civil prévoit que « *le juge pourra donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale* »<sup>2</sup>. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 5 juin 1991<sup>3</sup> a décidé que le juge n'était pas tenu de faire procéder à l'audition de l'enfant dès lors que celui-ci avait été entendu dans le cadre de l'enquête sociale. Quelques années plus tard dans un arrêt du 14 janvier 1998<sup>4</sup>, la Cour de cassation confirme sa position en retenant « *qu'il est satisfait aux exigences de l'article 290-3* »<sup>5</sup> lorsque le juge qui en l'absence de demande du mineur, n'a pas à écarter son audition par une décision spécialement motivée, constate que l'enfant a été entendu au cours de l'enquête sociale ». Dans cette affaire, l'enfant avait été entendu lors de l'examen médico-psychologique qui avait été ordonné dans le cadre de cette enquête.

---

<sup>1</sup> Article 372-2-12 du Code civil.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup> 5 juin 1991, *Bull. civ.*, II, n° 173 ; *D.* 1992, somm., 63, obs. Delecourt ; *Defrénois* 1992, 302, obs. Massip.

<sup>4</sup> *Juris-data* n° 1998-000272.

<sup>5</sup> Devenu par avec la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale l'article 373-2-11 du Code civil.

**411.** Les dispositions légales relatives au mode de fixation par le juge des modalités d'exercice de l'autorité parentale ont été interprétées en jurisprudence de manière à faire de l'enquête sociale un moyen de recueillir les sentiments du mineur. Cette interprétation soulève cependant des interrogations <sup>1</sup> En effet, la consultation de l'enfant prévue par l'article 373-2-11 2° dans le cadre d'une décision relative aux « modalités d'exercice de l'autorité parentale » renvoie expressément pour son application à l'article 388-1 du code civil. L'enquête sociale n'est donc pas un des moyens offerts au juge pour entendre le mineur. Désigner une personne aux fins d'entendre l'enfant, tel que le prévoit l'article 388-1 du Code civil ne peut pas être compris comme englobant la possibilité pour le juge d'ordonner une enquête sociale, ou bien de s'en tenir à ce qui est exprimé dans son contenu. En effet, désigner une personne aux fins d'auditionner le mineur doit s'entendre comme désigner une personne pour recueillir la volonté de l'enfant et la transmettre au juge.

**412.** L'article 373-2-12 du Code civil autorise la désignation par le juge de « toute personne qualifiée » pour mener à bien l'enquête sociale. L'absence de précision de ce texte ouvre très largement les possibilités de désignation offertes au juge <sup>2</sup>. Il semble cependant en pratique que les personnes désignées soient pour un grande part des travailleurs sociaux, et notamment des assistantes sociales <sup>3</sup>. Les travailleurs sociaux ont reçu une formation tout à fait spécifique pour l'accompagnement des personnes. Leurs qualifications sont tout à fait adaptées au recueil des sentiments de l'enfant et à son écoute. De même, s'ils sont amenés à travailler avec les plus jeunes, ils sauront déceler ce qui pourrait être exprimé par l'enfant sans être dit <sup>4</sup>. L'audition de l'enfant par un travailleur social peut effectivement permettre au juge de recueillir des éléments tout à fait pertinents sur la manière dont l'enfant vit la situation à laquelle il est confronté, perçoit la procédure engagée, ainsi que sur les souhaits qui sont les siens quant à la décision

---

<sup>1</sup> Certains auteurs pensent en effet, que le recours à l'enquête sociale n'est pas des plus appropriés pour recueillir la parole de l'enfant. Voir entre autres sur ce point J. Castaignède, « L'avis de l'enfant mineur dans le divorce de ses parents », *D.* 1992, chron., p. 123.

<sup>2</sup> Voir sur ce point T. Garé, « l'enquête sociale dans la désunion des parents, aspect juridiques », *RTDciv.* 1987, p. 707. Pour l'auteur, outre les assistantes sociales, « pourront être désignés d'anciens magistrats, ou auxiliaires de justice, d'anciens fonctionnaires, les membre des services de police ou de gendarmerie... ».

<sup>3</sup> T. Garé, art. préc., p. 707.

<sup>4</sup> « Les psychologues ou les psychiatres savent repérer les non-dits, détecter et décrypter les manifestations caractérielles ou psychosomatiques qui remplacent la parole des tous petits ou des enfants qui souffrent en silence », M.-J. Gebler, « Regards éthiques sur les droits de l'enfant : la parole de l'enfant en justice », *D.* 1989, chron., p. 118.

à prendre. Toutefois à l'heure actuelle la réalisation d'une enquête sociale ne garantit pas le rapport au juge des souhaits et des sentiments de l'enfant.

**413.** En effet, L'enquête sociale est avant tout le moyen de donner au juge une image de la famille dont il doit sceller le sort. Il est ainsi possible d'émettre des doutes quant à la place qui sera laissée à l'expression des sentiments personnels de l'enfant dans cette enquête <sup>1</sup>. L'article 372-2-12 du Code civil dispose que l'enquête « *a pour but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants* ». Il n'est réservée aucune place spécifique aux sentiments du mineur sur la procédure en cours. L'enquête sociale doit fournir au juge des informations sur la situation matérielle et morale de la famille <sup>2</sup>. Même s'il apparaît en pratique que les travailleurs sociaux entendent l'enfant dans le cadre de l'enquête sociale <sup>3</sup>, il n'existe aucune garantie pour ce dernier de voir ses sentiments personnels pris en compte et effectivement communiqués au juge <sup>4</sup>. Dans le cadre de l'enquête sociale, ce qui va pouvoir être exprimé par l'enfant sera replacé dans un contexte familial plus général, afin de permettre à l'enquêteur social de faire des recommandations au juge sur les mesures que l'intérêt de l'enfant commande de prendre <sup>5</sup>. À ceci vient s'ajouter le fait que la mission de l'enquêteur social semble en pratique avoir considérablement évolué.

**414.** Pour un auteur, implicitement, la mission de l'enquêteur social va jusqu'à opérer un travail de médiation entre les parties, afin, notamment dans le

---

<sup>1</sup> « Lors de l'enquête sociale l'enfant est perçu en tant qu'élément du système familial et non comme individus pris isolément », J. Castaignède, « L'avis de l'enfant mineur dans le divorce de ses parents », *D.* 1992, p. 122.

<sup>2</sup> Bien que cette formulation, existant dans l'ancien article 287-2 du Code civil, n'ait pas été reprise par le nouvel article 373-2-12, qui ne retient que le recueil « *des renseignements sur la situation de la famille* », la mise en pratique de cette obligation légale ne semble pas devoir de ce fait être modifiée. Pour une étude des objectifs et du contenu de l'enquête sociale voir, T. Garé, « L'enquête sociale dans la désunion des parents », *RTDciv.* 1987, p. 709 et s. L'auteur retient notamment au titre des informations matérielles, le mode de logement de la famille, la situation professionnelle des parents, le budget du ménage. Voir sur ce point p. 710.

<sup>3</sup> T. Garé, « L'enquête sociale dans la désunion des parents. Aspects juridiques », *RTDciv.* 1987, note n°146, p. 715.

<sup>4</sup> Il apparaît que certains travailleurs sociaux ont pour pratique de ne pas tout révéler dans le cadre de l'enquête sociale, ceci principalement afin « *de protéger les autres membres de la famille* », voir sur ce point P. Gérard, « Qui fait quoi pour l'enfant lors de la séparation des parents », *Petites Affiches* n° 94 7 août 1995, p. 34. Les souhaits émis par l'enfant peuvent tout à fait appartenir à cette catégorie d'éléments que l'enquêteur social préférera ne pas transmettre officiellement au juge. Reste à voir s'il peut l'informer autrement que par le biais de l'enquête. L'auteur prévoit dans ces circonstances la possibilité d'une information « *officielle* » du juge.

<sup>5</sup> L'ancien article 287-2 al. 1<sup>er</sup> du Code civil dispose *in fine* que l'enquête sociale, « *a pour but de recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille, sur les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants et sur les mesures qu'il y a lieu de prendre dans leur intérêt* ». Bien que cette mission n'ait pas été reprise dans le nouvel article 373-2-12 du Code civil, elle ne semble pouvoir devoir disparaître aussi radicalement de la pratique judiciaire. Il existe de fortes probabilités pour que le contenu de l'enquête sociale fasse encore à l'avenir des recommandations au juge

cadre des procédures de divorce, de dédramatiser le conflit existant entre les parents de l'enfant <sup>1</sup>. Cette mission, tant louable soit-elle, n'est pas compatible avec un rapport objectif des sentiments exprimés par l'enfant <sup>2</sup>. Cette pratique, instaurée en jurisprudence qui permet aux juges de se satisfaire du contenu d'une enquête sociale pour obtenir une information relative aux sentiments exprimés par l'enfant ne semble pas suffisamment garantir la place de ce dernier dans la procédure. Celle-ci ne peut être assurée que si la finalité de l'audition par l'enquêteur social est la communication au juge des sentiments personnels de l'enfant. Or, il semble que la communication la plus efficace ne soit réalisée que par l'audition directe de l'enfant par le juge ou bien par la désignation spéciale d'une personne aux seules fins de recueillir les sentiments personnels de l'enfant.

**415.** Une voie médiane consisterait à imposer à l'enquêteur social le rapport objectif des souhaits et des sentiments exprimés par l'enfant. L'enquête contiendrait alors deux volets, un rapport de la situation familiale et un rapport du point de vue de l'enfant. Reste à savoir si cette mission peut effectivement et efficacement être confiée à la même personne. Certaines critiques relatives aux pratiques des rapporteurs ont également pu être formulées en droit anglais.

**416.** L'entrée en vigueur du *Criminal Justice and Court Service Act 2000* <sup>3</sup> en **droit anglais** a eu pour effet de regrouper au sein d'un seul organisme : le *Child And Family Court Advisory and Support Service* (CAFCASS), les missions relatives à la représentation de l'enfant en justice et au rapport de ses souhaits et sentiments au juge. Lorsqu'une juridiction est amenée à se déterminer sur une question pour laquelle l'application du *welfare principle* se pose, deux possibilités s'offrent à elle. En vertu de la section 7 du *Children Act 1989* <sup>4</sup>, le juge peut demander qu'un rapport sur ce que requiert le bien-être de l'enfant (*welfare*) lui soit présenté soit par un rapporteur membre du CAFCASS (*children and family reporter*), soit par un rapporteur (*welfare officer*), qui aura été désigné pour cette mission par la collectivité locale.

**417.** La mission de ces deux rapporteurs est identique, seuls leurs statuts diffèrent car ils ne dépendent pas de la même administration. Les *children and*

---

<sup>1</sup> T. Garé, « L'enquête sociale dans la désunion des parents. Aspects juridiques », *RTDciv.* 1987, p. 713. L'auteur affirme que « lorsqu'il prescrit une enquête sociale, le juge, de manière implicite, octroie donc à l'enquêteur social la mission d'employer son art à la solution du conflit familial ».

<sup>2</sup> Cf *infra* n° 418. Cette incompatibilité a été consacrée en droit anglais.

<sup>3</sup> Voir les sections 11 et suivantes du *Criminal Justice and Court Service Act 2000*.

<sup>4</sup> Amendée par le *Criminal Justice and Court Service Act 2000*.

*family reporters* sont des *officers*<sup>1</sup> qui sont rattachés aux tribunaux, alors que les *welfare officers* sont des travailleurs sociaux rattachés aux services sociaux des collectivités locales. Comme les enquêteurs sociaux dans le système français, ces derniers ont pour mission d'apporter au tribunal une image de la situation familiale.

**418.** Le juge, dans le cadre de la recherche d'un règlement amiable du conflit, peut également renvoyer les parties devant un *children and family reporter* afin que ce dernier tente une procédure de médiation<sup>2</sup>. Si une procédure de médiation est entreprise par un *children and family reporter*, celui-ci se trouve alors frappé d'incapacité pour la rédaction du *welfare report*<sup>3</sup>, lequel contient les recommandations faites au juge sur ce que requiert le bien-être de l'enfant<sup>4</sup>. La désignation d'un autre *reporter* spécialement chargé de la rédaction du rapport est une garantie tant pour la qualité du rapport que pour le recueil objectif des sentiments de l'enfant.

**419.** Dans le cadre de la mission de protection de l'intérêt de l'enfant dans la procédure, les rapporteurs ont la possibilité pour certains, l'obligation pour d'autres, de recueillir les souhaits émis par l'enfant sur la décision à prendre. Il apparaît alors que les garanties accordées à l'enfant dans l'évaluation et la prise en compte de ses souhaits et ses sentiments sont plus importantes si un *children and family reporter* est désigné, plutôt qu'un *welfare officer*.

**420.** En effet, comme en droit français, la fonction des rapporteurs consiste à donner au juge des indications sur les origines de l'enfant, ses conditions matérielles de vie, ses rapports avec les membres de sa famille et ceux avec les tiers proches de lui<sup>5</sup>. Dans le rapport qui sera transmis au juge, le *children and family reporter* doit faire des recommandations au tribunal sur ce que requiert le bien-être de l'enfant. Les *welfare reports* peuvent être présentés au tribunal oralement ou par

---

<sup>1</sup> Ils dépendent directement de l'État, pour leur nomination et leur rémunération par opposition aux *welfare officers* qui eux dépendent des collectivités locales.

<sup>2</sup> Cette mission est prévue par les textes, elle n'a pas le caractère implicite qu'elle peut avoir en droit français. Le *National Standards for the Probation Service Family Court Welfare Work* para 3.4 prévoit qu'à compter de la saisine par le juge le CAFASS dispose de cinq jours ouvrables pour contacter la famille et l'informer de la possibilité qui lui est offerte d'entreprendre une procédure de médiation. Voir également sur ce point, J. Mitchell, *Children Act Private Law Proceedings: A Handbook*, Family law, 2003, para. 15.19, p. 239.

<sup>3</sup> Voir sur ce point R. White et al., *The children Act in practice*, 3<sup>e</sup> éd. Butterworths, Londres 2002, para 10.12, p. 335.

<sup>4</sup> Cf *supra* n° 414. La position du droit français est loin d'être aussi claire lorsqu'il est question pour l'enquêteur social d'entreprendre un travail de médiation auprès de la famille.

<sup>5</sup> Pour plus de détails sur le contenu habituel des *welfare reports* voir, *Halsbury's laws of England vol 5(3): Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, para. 458, p. 231.

écrit <sup>1</sup>. Le rapporteur peut également être entendu par le juge le jour de l'audience. Au cours de cette dernière, il pourra éventuellement être soumis à un contre-interrogatoire <sup>2</sup> (*cross-examination*). La section 7(1) du *Children Act 1989* dispose très clairement que la mission de ces rapporteurs est « *d'apporter au juge des éléments relatifs au bien-être de l'enfant en cause...* » <sup>3</sup>. Ils ont également tous deux <sup>4</sup> pour mission de donner un avis au juge quant à la possibilité de donner à l'enfant le statut de partie à la procédure <sup>5</sup>. De même qu'en droit français, ils ont pour fonction d'assister le juge dans sa prise de décision mais en aucun cas leur mission première ne consiste à être la voix de l'enfant dans la procédure.

**421.** Il est toutefois établi <sup>6</sup> que dans l'exercice de ses fonctions, le *children and family reporter* doit respecter les principes du *Children Act 1989*, et notamment ceux qui sont exposés dans les sections 1(2) <sup>7</sup> et 1(3)(a) à 1(3)(f) <sup>8</sup> de cette loi, parmi lesquels figure celui « *de prendre plus particulièrement en considération :*

*les souhaits et les sentiments de l'enfant dont il est possible de s'assurer (à la lumière de son âge et de son discernement) »* <sup>9</sup>.

Le recueil des souhaits et sentiments du mineur, ainsi que leur transmission au juge est une obligation légale imposée au *children and family reporter*.

Il convient de souligner que cette obligation n'est pas imposée aux *welfare officers* dépendants des collectivités locales en vertu de dispositions légales. Cette distinction s'explique d'autant plus difficilement que leur mission est identique à celle des *children and family reporters*. Le problème qui se pose alors est de

---

<sup>1</sup> « *The report may be made in writing, or orally, as the court requires* », section 7(3) du *Children Act 1989*.

<sup>2</sup> Le contre-interrogatoire consiste pour les avocats de parties à interroger directement les témoins, ou les experts à l'audience, en les poussant dans leurs derniers retranchements afin que de cette examen la vérité sur l'affaire apparaisse.

<sup>3</sup> « *...To report to the court on such matters relating to the welfare of that child...* », section 7 *in fine* du *Children Act 1989*.

<sup>4</sup> *Children and family reporter* et *welfare officer*.

<sup>5</sup> *The family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395* sections 11B(5) et 11B(6) (après amendements par le *SI 2001/818*), et *The family procedure rules SI 1991/1247* sections 4.11.B(5) et 4.11B(6) (amendées par le *SI 2001/821*), pour les *children and family reporters*. *The family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395* sections 13(3A) et 13 (3B) (après amendement par le *SI 2001/818*) et *The family procedure rules SI 1991/1247* sections 4.13(3A) et 4.13(3B) (amendées par le *SI 2001/821*), pour les *welfare officers*.

<sup>6</sup> *The family procedure rules SI 1991/1247* section 4.11 (amendée par le *SI 2001/821*), et *The family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395* section 11 (après amendement par le *SI 2001/818*).

<sup>7</sup> Principe de célérité dans toute procédure relative à l'éducation d'un enfant.

<sup>8</sup> Il s'agit de la liste d'éléments devant plus particulièrement être pris en considération dans les procédures impliquant un mineur, *statutory checklist*.

<sup>9</sup> « *The ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding)* », section 1(3)(a) du *Children Act 1989*.

déterminer la place laissée « *aux souhaits et sentiments du mineur* » dans les rapports des *children and family reporters* et des *welfare officers*.

**422.** À de nombreuses reprises, des critiques s'étaient élevées sur la qualité des rapports transmis au juge par les anciens *children and family reporters*<sup>1</sup>. En effet, une enquête avait mis en avant la diversité des pratiques des anciens *children and family reporters* entre eux mais également entre les différents ressorts de tribunaux<sup>2</sup>. Cette enquête avait permis de mettre en avant des statistiques alarmantes sur l'absence de contact entre les rapporteurs et les enfants dans le cadre de l'établissement des *welfare reports*. Cette situation était d'autant plus inquiétante en raison de l'importance accordée par les juges à ces rapports, ainsi que de leur poids dans la prise de décision finale.

**423.** Dans 58 % des rapports, les aînés des enfants étaient âgés de cinq ans et plus, et dans 28 % des rapports ils étaient âgés de dix ans. Pour ces deux catégories d'enfants prises ensemble, il a été établi que « *seulement 3 % des rapports indiquaient que des investigations avaient été expressément menées afin de déterminer quels étaient les sentiments et/ou les souhaits des enfants. Dans 44 % des rapports, aucune référence n'est faite aux sentiments et/ou aux souhaits des enfants* »<sup>3</sup>. Le *Children legal center*<sup>4</sup> avait pour sa part enregistré « *un nombre important de plaintes de la part des enfants et des personnes qui s'en occupent, portant sur la manière dont les anciens children and family reporters remplissaient leurs fonctions* ». En effet, il apparaissait que les enfants n'étaient parfois pas consultés, et lorsqu'ils l'étaient leurs opinions n'étaient

---

<sup>1</sup> Avant l'entrée en vigueur du *Criminal Justice and Court service Act 2000*, la fonction de rapporteur attaché aux tribunaux (dépendant de la fonction publique d'État) était désignée sous le terme de *welfare officer*. Nous choisissons d'utiliser le terme « ancien *children and family reporter* » pour les désigner, afin de clarifier la présentation et éviter toute confusion avec les nouveaux *welfare officers* qui sont rattachés aux collectivités locales. Voir sur ce point, *The family procedure (Amendment) rules, SI 2001/821*, section 4, et *The family proceedings court (Children Act 1989) (amendment) rules SI 2001/818*, section 4.

<sup>2</sup> Pour plus de détails voir A. L. James, W. Ray, D. Greatbatch et C. Walker, « The welfare officer as an expert ? – Reporting for the Courts », (1992) JSWFL, pp. 398-410. L'enquête avait été menée sur six zones différentes (*probation area* : zone de compétence des services de mise à l'épreuve : *probation*, anciennement compétents pour accomplir le travail d'enquête et de rédaction des rapports destinés aux juges) ; 2000 rapports ont été analysés.

<sup>3</sup> « *...In only 3 per cent of these cases do reports indicate that any enquiries were made expressly to determine the feelings and/or wishes of any of the children. In 44 per cent of cases, there is no reference made at all to the feelings and/or wishes of the children...* », A. L. James, W. Ray, D. Greatbatch et C. Walker, « The welfare officer as an expert ? – Reporting for the Courts », (1992) JSWFL, pp. 404-405.

<sup>4</sup> Centre dépendant de l'université d'Essex. Il exerce différentes fonctions, notamment celle d'offrir aux enfants la possibilité d'obtenir des informations et des conseils juridiques gratuits, en préservant leur anonymat, par l'intermédiaire d'un centre d'appel. Il leur offre le cas échéant, la possibilité d'être représenté dans une instance ; notamment dans les affaires entre l'enfant et les écoles ou les *Local Education Authorities*. Il s'occupe également de mener des recherches dans le domaine de l'enfance.

pas rapportées correctement <sup>1</sup>, ce qui avait pour conséquence de « *laisser les enfants en colère et frustrés* » <sup>2</sup>. Il a été en partie remédié à ces critiques par la publication par le Ministère de l'Intérieur (*Home office*), de directives <sup>3</sup> visant à unifier, dans une certaine mesure, les pratiques des anciens *children and family reporters*. Dans ces directives, il leur est, entre autre, fait obligation d'entendre l'enfant, « *à moins que de bonnes raisons existent pour ne pas le faire* » <sup>4</sup>.

**424.** En **droit écossais**, le juge peut également dans un certain nombre de procédures désigner un *curator ad litem*. Celui-ci aura pour mission de réaliser un rapport afin de présenter des conclusions quant au fait de savoir si la demande en justice va dans le sens d'une promotion du bien-être de l'enfant <sup>5</sup>. Le *curator ad litem* dans la réalisation de ce rapport a non seulement pour mission de faire des recommandations au juge relatives à ce que requiert le bien-être de l'enfant dans la procédure <sup>6</sup>, mais il est aussi le garant du respect des différentes étapes de la procédure du point de vue de l'enfant <sup>7</sup>. À ce titre, il lui appartiendra notamment de s'assurer que la possibilité accordée par le droit à l'enfant d'exprimer son avis, a bien été mise en œuvre <sup>8</sup>. Son rôle premier n'est pas de rapporter au juge les souhaits de l'enfant, mais de s'assurer que ce rapport a bien eu lieu et a été effectué dans le respect des dispositions légales. Cela ne veut pas dire qu'il ne rencontrera pas l'enfant et qu'il ne présentera pas au juge les opinions qu'il aurait pu

---

<sup>1</sup> « *The Children's Legal Center advice service reveals a large number of complaints from both children and their carers about the way in which welfare officers carry out these responsibilities. Children may not be seen at all and if they are their views are not always accurately reproduced* », N. Wyld, « *Children's participation – myth or reality ?* », (1991) 3 JCL, p. 83.

<sup>2</sup> « *Such practices leaves children angry and frustrated* », N. Wyld, « *Children's participation – myth or reality ?* », (1991) 3 JCL, p. 83.

<sup>3</sup> *National Standards for Probation Service Family Court Welfare Work* (1994) Home office.

<sup>4</sup> « *Unless strong reasons exist for not doing so* », J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 169.

<sup>5</sup> Dans le cadre de la procédure d'adoption dès lors qu'elle entre dans sa phase judiciaire, voir les sections 2.7, 2.16 et 2.25 de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*. Cette désignation est également prévue dans la procédure visant au transfert de l'autorité parentale (*parental responsibility order*) section 2.39 de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*. Enfin cette désignation est prévue dans le cadre des procédures relative au transfert de la filiation et des droits et devoirs parentaux, consécutif à une procréation médicalement assistée (*parental order*), voir la section 2.53 de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*.

<sup>6</sup> Voir *infra* n° 785.

<sup>7</sup> Voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.60, p. 506. Voir le détail des sections 2.8(2), 2.26(2), 2.40(2), 2.53(2) de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*.

<sup>8</sup> Sections 2.8(2)(d), 2.26(2)(u), 2.40(2)(c), de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules)*. Ces dispositions ne s'appliquent pas à la procédure de *parental order*, l'enfant concerné par la mesure n'étant âgé que de 6 mois au maximum au moment de la procédure, en vertu de la section 30(2) de l'*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*.

recueillir<sup>1</sup>, il dispose en effet à titre accessoire du pouvoir de recueillir les sentiments du mineur<sup>2</sup>.

**425.** Dans chacun des trois systèmes étudiés, le recueil des souhaits et sentiments du mineur par un rapporteur est la méthode principalement utilisée par les juges pour être informé des souhaits et sentiments de l'enfant relatifs à la procédure le concernant. De même, dans ces trois systèmes, l'opportunité d'ordonner la réalisation d'un rapport appartient au juge. En droit écossais cependant, l'enfant dispose de la possibilité supplémentaire d'informer le juge qu'il souhaite que ses sentiments soient communiqués par l'intermédiaire d'une personne qu'il aura lui-même désignée.

## B. L'audition de l'enfant par une personne de son choix

**426.** En **droit écossais**, lorsque le juge choisit de notifier personnellement à l'enfant le fait qu'une procédure le concernant a été engagée, il se trouve dans l'obligation de lui donner l'opportunité d'exprimer sa volonté sur le principe même de son audition<sup>3</sup>. Les règles de procédure écossaises<sup>4</sup> organisent, grâce aux Formulaires F9 et 49.8-N, le recueil des opinions du mineur dans la procédure le concernant. Ces formulaires types sont joints à la notification qui est adressée à l'enfant, et lui offrent la possibilité d'exprimer son opinion par l'intermédiaire d'une lettre qu'il rédigera à l'attention du juge<sup>5</sup>. L'enfant dispose également de la possibilité de faire rapporter son opinion au juge par une personne de son choix<sup>6</sup>. Le formulaire lui précise alors qu'il doit indiquer le nom et l'adresse de cette

---

<sup>1</sup> E.E. Sutherland, *Child and Family law*, T & T Clarke, Edimbourg 1999, para. 3.43, p. 92.

<sup>2</sup> Sections 2.8(2)(d), 2.26(2)(u), 2.40(2)(c), de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) in fine*.

<sup>3</sup> La section 11 du *Children (Scotland) Act 1995* impose au juge de « donner à l'enfant l'opportunité de faire savoir s'il souhaite ou non exprimer ses opinions » sur la décision qui va être prise le concernant.

<sup>4</sup> *Act of sederunt (Sheriff Court ordinary cause rules) 1993 SI 1993 n° 1956* après amendement par l'*Act of Sederunt (Family proceedings in the Sheriff court) 1996, SI 1996 n° 2167* et l'*Act of sederunt (Rules of the Court of Session 1994) 1994, SI 1994 n° 1443*, après amendement par l'*Act of Sederunt (Rules of the Court of Session Amendment n° 5) (Family actions and miscellaneous) 1996, SI 1996 n° 2587*.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 403 et s.

<sup>6</sup> La question posée à l'enfant est formulée de manière très simple : « *veux-tu qu'un ami, un proche ou toute autre personne informe le sheriff de tes souhaits concernant to avenir ?* ».

personne, et lui rappelle qu'il doit par conséquent informer la personne qu'il vient de désigner de la teneur de ses souhaits <sup>1</sup>.

**427.** D'après la lecture de ces formulaires, il semblerait que le choix laissé à l'enfant dans la désignation de cette personne soit pratiquement illimité. Un ami, un proche, un professeur ou toute autre personne, peuvent être désignés. L'enfant pourra faire rapporter au juge ses opinions par une personne qu'il connaît et en qui il a confiance. S'il existe des restrictions relatives aux personnes pouvant être désignées par l'enfant, elles mériteraient néanmoins d'être précisées. En effet, à la lecture de ces formulaires l'enfant peut s'imaginer tout à fait libre de choisir la personne qu'il souhaite pour rapporter ses souhaits et sentiments au juge. La désignation par l'enfant de l'un de ses parents pour cette tâche semble toutefois devoir être privée d'effet, dans la mesure où ils sont parties à la procédure et qu'ils pourraient être amenés à utiliser cette opportunité pour servir leurs propres intérêts.

**428.** Il semble toutefois possible d'admettre que l'enfant puisse éventuellement désigner pour rapporter au juge ses sentiments un frère, une sœur plus âgés ou un ami encore mineur. La minorité ne semble pas créer un empêchement à la désignation par l'enfant. En toute logique, il devrait être au pouvoir du juge de contrôler cette désignation et il nous semble qu'il devrait pouvoir remettre en cause le choix de l'enfant si le rapporteur désigné ne lui semble pas apte à lui fournir les informations attendues et nécessaires à sa prise de décision.

**429.** La participation du mineur concerné à la procédure en dehors du fait pour lui d'être consulté et de donner son avis, peut également passer par la représentation autonome de son intérêt au juge. Cette représentation peut entendue au sens large, par le biais d'un rapport au juge, ou dans son acception juridique stricte. En la matière, si les parents restent, en droit français, les représentants naturels des intérêts de l'enfant <sup>2</sup>, les systèmes anglais et écossais ont, quant à eux, institutionnalisé la fonction de représentant des intérêts de l'enfant en justice.

---

<sup>1</sup> « Please write the name and the address of the person you wish to tell the sheriff your views (...). You should also tell that person what your views are about your future », formulaire F9 part B question 2.

<sup>2</sup> Hormis dans l'hypothèse d'un conflit d'intérêts survenant entre l'enfant et ses parents. Dans ces circonstances, en vertu de l'article 388-2 du Code civil, un administrateur *ad hoc* sera désigné afin de représenter l'intérêt de l'enfant en justice.



## *Chapitre 2. La recherche de l'intérêt de l'enfant*

**430.** Dans les droits français, anglais et écossais le critère qui emporte la décision du juge dans les procédures concernant l'enfant est celui de la protection de son intérêt. Si les vocables utilisés pour désigner cette notion, tout comme sa prise en compte par les juridictions, diffèrent quelque peu entre les différents systèmes (section 1), sa protection est garantie. Ainsi, la recherche de l'intérêt de l'enfant passe toujours, malgré des modalités de mise en œuvre différentes, par une représentation fidèle de l'intérêt de l'enfant au juge (section 2).

### Section 1. La notion d'intérêt de l'enfant

**431.** L'intérêt de l'enfant est une notion difficilement saisissable tant elle est réfractaire à toute définition et soumise à la casuistique. Dans les trois systèmes étudiés, partant de ce postulat, les juges, parfois guidés par le législateur, ont tenté de donner forme à cette notion (§1), dont la protection a été consacrée par des dispositions supra-nationales<sup>1</sup>. La force attachée à la protection de l'intérêt de l'enfant varie cependant en droit interne. Cette notion peut être entendue comme étant la considération première en France ou la considération supérieure Outre-Manche (§2).

#### *§ 1. L'application d'une notion juridique indéterminée*

**432.** Comparer l'application de la notion d'intérêt de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais implique de se pencher sur la terminologie retenue par chacun d'eux pour la désigner. Entendu comme critère légal de décision du juge, l'intérêt de l'enfant tel qu'il est retenu en droit français, ne peut être comparé qu'à

---

<sup>1</sup> Voir notamment la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1959 ; Convention internationale sur les droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1989.

la notion de *welfare*, connue dans les droits anglais et écossais (A). Au delà de la terminologie, des distinctions existent encore quand il est question de déterminer le contenu de ces notions. Déterminé uniquement par la jurisprudence en France et en Écosse, son contenu a été précisé par le législateur anglais (B).

#### A. L'intérêt de l'enfant ou le bien-être de l'enfant

**433.** En droit français, comme dans les droits anglais et écossais, la notion d'intérêt de l'enfant est insaisissable <sup>1</sup>. Dans chacun de ces systèmes, la doctrine et la jurisprudence se sont efforcées de mettre en évidence les différents aspects qu'il pouvait revêtir (1). Une différence apparaît cependant lorsqu'il est question de faire de cette notion un critère de solution pour le juge. Si le droit français fait de l'intérêt de l'enfant le critère de décision du juge, dans les droits anglais et écossais c'est celui de *welfare of the child*, le bien-être de l'enfant qui est utilisé (2) <sup>2</sup>.

##### 1. L'intérêt de l'enfant : un instrument juridique aux multiples facettes

**434.** À l'origine, l'intérêt de l'enfant en **droit français** s'entendait comme l'intérêt de la société à protéger et à éduquer ses futurs citoyens. C'est avec cette idée à l'esprit que le législateur au XIX<sup>e</sup> siècle a adopté un certain nombre de lois visant à la protection de l'enfant <sup>3</sup>. Un auteur a très tôt mis en évidence le caractère particulier de cette notion <sup>4</sup>. En effet, l'intérêt de l'enfant peut être utilisé comme « *principe d'interprétation du droit* » mais il peut également devenir « *la cause de certains*

---

<sup>1</sup> Pour le doyen Carbonnier c'est une notion qui « *se dérobe aux définitions* ». Voir « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles Bruylant 1984 p. 103. Les tentatives de définition de cette notion sont restées vaines ; même la liste d'éléments à prendre en compte pour sa détermination, dressée par le législateur anglais dans la section 1(2) du *Children Act 1989* n'a pas réussi à enlever à cette notion son caractère indéterminé.

<sup>2</sup> Cette différence terminologique apparaît également au sein des études comparatives entreprises sur la notion d'intérêt de l'enfant. En effet, les termes *welfare* et *interest* sont indifféremment utilisés selon le système juridique envisagé. Voir notamment K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Summers (eds), *European Family Law in Action. Volume III : Parental responsibilities*, Intersentia, CEFL 2005, pp. 477 et s.

<sup>3</sup> Voir sur ce point J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *J.C.P. G* 1994, I, 3739.

<sup>4</sup> M. Donnier, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chron., p. 179.

*droits conférés à l'enfant* » ou bien enfin « *le principe de solution d'un conflit de droits* »<sup>1</sup>. Il semble cependant qu'en tant que cause des droits conférés à l'enfant, l'utilisation de ce critère ait très rapidement été laissée de côté. De ces trois utilisations, seule la dernière, qui fait de l'intérêt de l'enfant un instrument de résolution des conflits de droits, semble avoir réellement trouvé sa place dans le système français<sup>2</sup>. L'intérêt de l'enfant est, en effet, principalement envisagé par le droit français *in concreto* comme un « *critère de décision* »<sup>3</sup>, et *in abstracto* comme une « *technique judiciaire de protection de l'enfant* »<sup>4</sup>.

**435.** L'intérêt de l'enfant est une notion multiple dans les formes qu'il peut revêtir. En **Angleterre**, le professeur Eekelaar a ainsi fait apparaître une division de l'intérêt de l'enfant en trois sortes d'intérêts distincts ; la mise en œuvre de certains pouvant heurter la protection des autres<sup>5</sup>. L'auteur désigne sous le terme « *basic interest* » les soins, l'attention quotidienne, donnés à l'enfant dans sa dimension matérielle, émotionnelle et psychologique<sup>6</sup>. L'optimisation des capacités personnelles de l'enfant, notamment en lui fournissant les moyens de son épanouissement personnel, est une autre facette de son intérêt, appréciée cette fois-ci par une projection dans l'avenir de l'enfant ; c'est ce que le professeur Eekelaar nomme « *developmental interest* ». C'est cette même notion que le doyen Carbonnier a désigné par le terme d'« *intérêt éducatif* »<sup>7</sup> de l'enfant, ce dernier devant être apprécié dans la perspective de son « *avenir adulte* »<sup>8</sup>. Enfin, le professeur Eekelaar a mis en évidence l'« *autonomy interest* », la liberté pour l'enfant de choisir son mode de vie ainsi que les personnes avec qui il souhaite entrer en relation, libre de tout contrôle exercé par les adultes. L'auteur arrive à la conclusion selon laquelle l'« *autonomy interest* » est susceptible d'entrer en conflit avec le « *developmental interest* » et le

---

<sup>1</sup> M. Donnier, art. préc., p. 179.

<sup>2</sup> Le professeur Le Guidec en fait « *un instrument de résolution des situations conflictuelles cristallisées* », *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français*, thèse Nantes 1973, p. 488.

<sup>3</sup> Voir sur ce point la thèse du professeur Le Guidec, *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français*, thèse Nantes 1973, p. 636.

<sup>4</sup> R. Le Guidec, *op. cit.*, p. 646.

<sup>5</sup> J. Eekelaar, « The emergence of children's rights », (1986) 6 OJLS 161.

<sup>6</sup> L'auteur parle de « *general physical, emotional and intellectual care...* », J. Eekelaar, art. préc., 170.

<sup>7</sup> J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, Bruylant 1984, p. 105.

<sup>8</sup> J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, Bruylant 1984, p. 105.

« *basic interest* », tout comme avec l'intérêt d'autres personnes, dont celui de ses parents <sup>1</sup>.

**436.** Le droit anglais traduit ce caractère multiple de l'intérêt de l'enfant dans le terme même de sa désignation. En effet, le droit anglais ne parle pas de l'intérêt de l'enfant au singulier, il utilise pour désigner cette notion la formule « *child's best interests* » <sup>2</sup>. Il est donc question ici des « meilleurs intérêts de l'enfant » ; se sont ceux qui doivent l'emporter sur les autres formes de son intérêt. Ce terme est souvent traduit en français par « intérêt supérieur de l'enfant » au singulier. C'est pourtant bien un ensemble d'intérêts qui sont visés par le terme utilisé en droit anglais, et certains parmi eux l'emporteront sur les autres. Aucune priorité n'est donnée, mais il semble possible de conclure que la prédominance ira à ceux qui, au moment où le juge statue, protégeront le mieux le bien-être de l'enfant (*welfare*). Si l'*autonomy interest*, tel qu'il est défini par le professeur Eekelaar, semble dans l'absolu difficilement conciliable avec le bien-être d'un enfant en bas âge, il peut, en revanche, être celui devant l'emporter afin de préserver le bien-être mental et physique d'un adolescent.

**437.** Qu'on ne s'y trompe pas cependant, le **droit français** malgré une formulation au singulier, qui pourrait aux yeux de certains révéler un « *abus de langage* » <sup>3</sup>, a bien compris le caractère multiple de l'intérêt de l'enfant. Il est notamment saisi dans la mission que l'article 373-2-6 du Code civil confie au juge aux affaires familiales, qui doit statuer « *en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* ».

**438.** L'intérêt de l'enfant peut être déterminé de façon abstraite, ce qui permet une application identique au plus grand nombre. C'est cette conception de l'intérêt de l'enfant qui est sous-jacente aux politiques familiales et au système de protection de l'enfance <sup>4</sup>. Cette appréciation *in abstracto* ne peut toutefois être retenue lorsque l'intérêt de l'enfant est utilisé comme critère de solution par le juge.

---

<sup>1</sup> J. Eekelaar, « The emergence of children's rights », (1986) 6 OJLS 177

<sup>2</sup> Ce terme se retrouve dans tous les manuels généraux ou spéciaux relatif au droit de la famille et de l'enfance, S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003 ; N. Lowe & G. Douglas Bromley's *family law*, Butterworth 1998 ; A. Bainham, *Children the modern law*, 2<sup>e</sup> éd. Family law 1998. Pour un exemple très récent voir J. Fortin, *Children rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis Butterworths 2003, p. 247.

<sup>3</sup> Y. Benhamou, « Réflexion en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », *D.* 1993, chron., p. 107. L'auteur s'interroge, « *N'est-il pas coutumier à présent de souligner qu'il y a des intérêts (intérêt affectif, intérêt éducatif, intérêt pécuniaire, intérêt à long terme) le plus souvent contradictoires ?* ».

<sup>4</sup> C. Lavallée, *Le rôle de la volonté en matière d'adoption en droit français et en droit québécois*, thèse Lyon 3, 2002, p. 244.

En effet, c'est l'intérêt concret de l'enfant qui permet de le distinguer de celui des autres parties au litige <sup>1</sup>. Seule une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant concerné par la procédure permettra au juge de rendre sa décision. La notion d'intérêt de l'enfant offre l'avantage indéniable d'« *une certaine adaptabilité de la loi à l'évolution de la société* » <sup>2</sup>.

**439.** L'indétermination de ce critère a soulevé les plus vives critiques à l'encontre de son utilisation comme critère de décision par les juridictions. Le Doyen Carbonnier a, très tôt <sup>3</sup> mis en avant les risques liés à l'utilisation de cette notion au caractère « *fuyant propre à favoriser l'arbitraire judiciaire* » <sup>4</sup>. Plus récemment, c'est Monsieur le professeur Hauser qui a notamment pris parti contre le développement de la référence à cette notion par le législateur, lui préférant des notions plus clairement définies, tel que le critère objectif de l'âge, qui permet aux juges une application plus uniforme des principes <sup>5</sup>. La Manche n'a pas arrêté les critiques, et le débat a également eu lieu dans la doctrine anglaise et écossaise <sup>6</sup>.

**440.** L'imprécision de la notion d'intérêt de l'enfant est cependant ce qui en fait un outil utile pour le juge. L'intérêt de l'enfant ne doit pas être compris comme une notion favorisant le prononcé de solutions isolées, le cas par cas dans son aspect le plus négatif : l'arbitraire. C'est un instrument qui permet au pouvoir modulateur du juge de s'exercer au plus juste, un instrument d'équité en somme <sup>7</sup>. La crainte que l'utilisation de concepts juridiques indéterminés conduise à conférer aux juges des « *pouvoirs presque exorbitants* » <sup>8</sup> nous semble révéler un certain

---

<sup>1</sup> Voir notamment sur ce point C. Lavallée, *op. cit.*, p. 251.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, Bruylant 1984, p. 108.

<sup>3</sup> Paris du 30 avril 1959, *D.* 1960, p. 673, note J. Carbonnier. L'intérêt de l'enfant a justifié l'octroi d'un droit de visite aux parrain et marraine de l'enfant, contre la volonté de sa mère et de son père légal (la légitimation consécutive au mariage de la mère, par le mari, onze ans après la naissance de l'enfant était plus que sujette à caution).

<sup>4</sup> J. Carbonnier, note sous CA Paris 30 avril 1959, *D.* 1960, p. 675.

<sup>5</sup> « *Les juges aussi sont arbitraires quand on leur fournit des notions floues* », J. Hauser, « Des petits hommes ou des petits d'homme », *L'enfant et les conventions internationales*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi et F. Rainer, PUL 1996, p. 476.

<sup>6</sup> Voir notamment sur ce point E.E. Sutherland, « care of the child within the family », *Children Rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell Edimbourg, 2001 para 6.27, pp. 108-109. A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 10.09, p. 319.

<sup>7</sup> Cette utilisation des concepts juridiques indéterminés comme instrument d'équité n'avait pas échappée au doyen Carbonnier. Voir J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, Bruylant 1984, p. 106-107.

<sup>8</sup> Voir sur ce point C. Perelman, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles,

manque de confiance à leur égard. En France, le droit de la famille est un domaine du droit où les tentations de déjudiciarisation de la résolution des conflits sont nombreuses<sup>1</sup>. Néanmoins, dans les procédures où l'enfant est concerné, on se saurait préférer le zèle d'un médiateur à l'équité d'un juge. Permettre au juge de se prononcer en équité en mettant à sa disposition des concepts certes indéterminés, mais qu'il aura à cœur d'appliquer dans le respect d'un cadre légal, est une garantie pour l'enfant. La confiance que nous devons leur accorder sur ce point garantira peut-être à l'avenir que la résolution des conflits s'effectuera encore à l'intérieur d'un cadre juridique. L'imprécision est sans doute le prix à payer pour l'équité, ceci quel que soit le domaine où ces concepts flous trouvent à s'appliquer<sup>2</sup>.

**441.** La notion d'intérêt de l'enfant est aujourd'hui comprise comme un standard, un « *critère fondé sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société où les faits doivent être appréciés* »<sup>3</sup>. Abordée sous cet angle, l'imprécision de ce critère ne revêt alors plus le caractère illégitime que l'adjectif arbitraire pouvait laisser entendre. Cette définition en rappelle d'autres, largement utilisées, sans pour autant soulever de controverse durable<sup>4</sup>. Ainsi, à l'instar de ce qui s'est produit Outre-Manche, les contours de la notion d'intérêt de l'enfant ont été précisés par la jurisprudence et la doctrine, afin d'instaurer une plus grande uniformité dans son utilisation par les juges.

## 2. Le bien-être de l'enfant : le critère légal de décision des juges Outre-Manche

**442.** La notion d'intérêt de l'enfant, *best interests*, a pu être utilisée comme critère de décision dans la jurisprudence anglaise et écossaise. Cette notion n'est toutefois pas le critère légal de décision des juges. Dans les  **systèmes anglais et**

---

Bruylant 1984, p. 365. Voir également sur le pouvoir discrétionnaire laissé aux juges de première instance, dans leur application de la notion de *welfare*, Cretney & Masson, *Principles of family law*, 6<sup>e</sup> éd. 1997, p. 730.

<sup>1</sup> C'est déjà le cas en droit anglais et en droit écossais.

<sup>2</sup> Comme l'a fort justement fait remarquer Monsieur Perelman, ces « *notions à contenu variable et dont l'interprétation risque de ne pas être uniforme* » trouvent également à s'appliquer en droit pénal « *où plus que dans aucune autre branche de droit la sécurité juridique s'impose au juriste* », C. Perelman, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, Bruylant 1984, p. 366.

<sup>3</sup> C. Perelman, art. préc., p. 368.

<sup>4</sup> L'intérêt de l'enfant diffère-t-il vraiment de ces notions de bon père de famille, d'actes autorisés par l'usage, de bonnes mœurs pour ne citer que celles-ci ?

**écossais**, la notion de *best interests of the child*, qui se traduit littéralement par « les meilleurs intérêts de l'enfant », ne se retrouve quasi exclusivement que dans les textes normatifs supra-nationaux, comme la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ou la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant <sup>1</sup>. Dans les textes normatifs de droit interne, c'est la notion de *welfare of the child* qui est utilisée.

**443.** En effet, le *Children Act 1989* comme le *Children (Scotland) Act 1995* ont placé le *welfare principle* au cœur du droit de l'enfance <sup>2</sup>. La notion de *welfare*, si elle devait être traduite, le serait par « bien-être de l'enfant » <sup>3</sup>. La notion de bien-être de l'enfant est plus restrictive que celle d'intérêt de l'enfant et a une connotation paternaliste beaucoup plus prononcée. En vertu des dispositions légales, en droit anglais, l'intérêt de l'enfant n'est pas un critère de décision ; seule la notion de *welfare* est considérée comme telle. Les notes interprétatives de l'*Adoption and Children Act 2002* précisent l'articulation entre ces deux notions. La notion de *best interests* est le standard qui doit être retenu par les juges, le bien-être de l'enfant, *welfare*, c'est l'outil qui leur est donné par le législateur pour remplir leur mission <sup>4</sup>.

**444.** Le bien-être de l'enfant regroupe certains aspects du *basic* et du *developmental interest*, mis en évidence par le professeur Eekelaar <sup>5</sup>. Ainsi, seuls le *basic interest* et le *developmental interest* se trouvent légalement protégés par l'utilisation de la notion de bien-être de l'enfant comme critère de décision par les juges. L'*autonomy interest*, ne sera judiciairement protégé que lorsque l'atteinte à cet intérêt se révélera préjudiciable aux autres formes d'intérêt de l'enfant.

---

<sup>1</sup> Voir notamment les articles 3, 9(1), 9(3), 18(1), 20(1) et 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ou encore les articles 1(2), 6(a), 6(b) et 10(1) de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants.

<sup>2</sup> Le droit anglais a orienté son droit de l'enfance autour de trois grands principes : le principe de bien-être de l'enfant, *welfare principle*, le principe de célérité, *no delay principle* en vertu duquel les affaires qui impliquent des mineurs doivent trouver une solution dans les délais les plus courts ; tout délai place l'enfant dans une situation d'incertitude sur son avenir qui lui est préjudiciable. Enfin le dernier principe est le *no order principle*, qui tend à limiter l'intervention du juge dans la vie des familles et à favoriser la recherche d'une solution extra-judiciaire au conflit. Le prononcé de mesures judiciaires est le dernier recours dans le droit de l'enfance. Ce dernier principe a été posé en réaction à une Histoire d'intervention autoritaire de l'État anglais dans la vie des familles, ayant conduit à des excès.

<sup>3</sup> *Black's Law Dictionary* donne au mot *welfare* la signification suivante : « bien-être au sens large ; prospérité ».

<sup>4</sup> *Adoption and Children Act 2002 explanatory notes* para 23 précise qu'une liste de ce que requiert le bien-être de l'enfant a été dressée, « elle doit être appliquée par le juge ou l'agence organisant l'adoption afin de déterminer les meilleurs intérêts de l'enfant dans la décision relative à son adoption » ; « a welfare checklist is set out in subsection 4 and must be applied by the court or the agency in determining the best interests of the child in any decision relating to adoption ».

<sup>5</sup> J. Eekelaar, « The emergence of children's rights », OJLS (1986) 168.

**445.** L'intérêt de l'enfant, tel que nous l'utilisons en droit français en tant que critère de décision et comme instrument juridique de protection de l'enfance, ne peut être comparé qu'à la notion de *welfare*. Seule cette notion sert légalement de guide au juge. Par contre, utilisée comme standard, cette notion est identique à celle de *best interests*. La notion de *best interests* pourrait être rapprochée de celle de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'interprétation *in abstracto* qui peut en être faite ; celle qui a conditionné à l'origine la mise en œuvre de politiques familiales en faveur de l'enfance <sup>1</sup>.

**446.** En tant que critère de décision, c'est le bien-être de l'enfant qu'il nous faut retenir. En effet, très tôt la *common law* a fait du bien-être de l'enfant « *le guide absolu du juge* » <sup>2</sup>. Dès 1891, le *Custody of Children Act*, applicable en Angleterre comme en Écosse, a fait du bien-être de l'enfant un critère permettant au juge de fonder le refus d'ordonner le retour de l'enfant dans sa famille d'origine <sup>3</sup>. L'atteinte au bien-être de l'enfant a également justifié les premières limites posées à la puissance paternelle en droit anglais <sup>4</sup>. Dans des arrêts plus anciens c'est la notion d'« *avantage* » pour l'enfant qui était utilisée comme critère de décision <sup>5</sup>.

**447.** Cette notion d'avantage pour l'enfant a également été retenue en droit français au XIX<sup>e</sup> siècle, à la naissance du Code civil, notamment pour l'attribution de la garde des enfants après le divorce de leurs parents. En effet, l'article 302 originaire du Code civil prévoyait la possibilité de déroger à l'attribution automatique de la garde des enfants à l'époux qui a obtenu le divorce « *pour le plus*

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point C. Lavallée, *Le rôle de la volonté en matière d'adoption en droit français et en droit québécois*, thèse Lyon 3 2002, n° 323, p. 244.

<sup>2</sup> *In re McGrath* (enfants) [1893] I Ch 149, pour le juge Lindley, « *the welfare of the infant is the ultimate guide of the Court* ».

<sup>3</sup> Dans l'hypothèse où un parent avait abandonné son enfant et cherchait par la suite à faire valoir en justice son droit de garde à son égard, le juge ne devait pas ordonner le retour de l'enfant « *à moins que le parent ait convaincu le juge qu'au regard du bien-être de l'enfant il [le parent, mais plus vraisemblablement le père détenteur exclusif de la puissance paternelle] était une personne digne de recevoir la garde de l'enfant* » ; « *the court was not to make an order for delivery of the child to the parent 'unless the parent has satisfied the court, that, having regard to the welfare of the child, he is a fit person to have the custody of the child'* ». K. Marshall, « The History and Philosophy of Children's rights in Scotland », *Children's Rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. Edimbourg, W. Green, Sweet & Maxwell, 2001, para. 2.44, p. 21.

<sup>4</sup> J. Eekelaar, « The emergence of children's rights », (1986) 6 OJLS 168.

<sup>5</sup> Voir notamment *Andrews v. Salt* [1873] Ch 637, le juge recherche la décision qui se trouve être la plus avantageuse pour l'enfant (« *most for the benefit of a child* ») pour déterminer la religion dans laquelle les enfants devront être élevés suite au décès de leurs parents, dès lors que le père, alors qu'il était en vie, avait renoncé à son droit de contrôler l'éducation religieuse donnée à ses enfants. Dans cette affaire, les enfants catholiques avaient été envoyés indifféremment dans des écoles catholiques et protestantes. Au décès du père, la mère avait fait désigner une tutrice protestante peu avant sa propre conversion à cette religion. Au décès de la mère la famille du père (catholique) avait tenté de faire remplacer la tutrice protestante par une tutrice catholique.

*grand avantage des enfants* »<sup>1</sup>. La disparition de la règle selon laquelle le parent qui gagne le divorce « gagne » aussi les enfants n'a pas été en ce sens une révolution dans la mesure où dès l'origine le pouvoir modulateur du juge trouvait à s'appliquer, sur le fondement d'une notion qui se rapproche par son imprécision et son adaptabilité de celle de l'intérêt de l'enfant.

## B. La détermination des notions d'intérêt et de bien-être de l'enfant

**448.** En France et en Écosse, si le contenu de la notion d'intérêt ou bien-être de l'enfant ne peut être dessiné que par la jurisprudence et la doctrine, en Angleterre le législateur a choisi de donner un squelette à cette notion et des lignes directrices aux juges (1). Par ailleurs, il apparaît aujourd'hui dans les trois systèmes étudiés, que l'enfant est davantage impliqué dans le processus de détermination de son intérêt, dès lors qu'il aura acquis la capacité de discernement nécessaire (2), notamment par le biais de la prise en compte de ses souhaits et sentiments

### 1. Le contenu de ces notions

**449.** Dans les droits français, anglais et écossais, la jurisprudence et la doctrine, ont cherché à préciser le contenu des notions d'intérêt de l'enfant ou de bien-être de l'enfant, afin de permettre une application plus uniforme de ces critères par les juridictions. La première définition établie en *common law*, de la notion de bien-être de l'enfant a été donnée dans l'affaire *McGrath*<sup>2</sup> par le juge Lindley L. J., qui précise que « *le bien-être de l'enfant ne se mesure pas seulement par l'argent, ou le confort matériel. Le mot welfare doit être pris dans son sens le plus large. Le bien-être moral et religieux doit être pris en considération tout comme son bien-être physique. Les liens*

---

<sup>1</sup> L'article 302 originaire du Code civil dispose : « *les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux soit d'une tierce personne* ».

<sup>2</sup> *In re McGrath (infants)* [1893] I Ch 143.

*d'affection ne peuvent pas non plus être ignorés* »<sup>1</sup>. Si les systèmes français et écossais ont préféré laisser au juge le soin de préciser au cas par cas le contenu de ces notions, le législateur anglais dans le *Children Act 1989* a lui, préféré donner des lignes directrices aux juges.

a. La définition de la notion par la jurisprudence et la doctrine

**450.** En **droit français** et en **droit écossais**, les notions d'intérêt ou de bien-être de l'enfant sont utilisées comme critère de décision. Cependant, aucune tentative de définition n'a été menée par le législateur. La *Law Commission* écossaise dans le rapport qui a conduit à l'adoption du *Children (Scotland) Act 1995*, s'est interrogée sur la possibilité d'adopter la solution retenue par leurs voisins anglais, à savoir, dresser une liste légale d'éléments devant impérativement être pris en considération par le juge avant de rendre sa décision. Cette solution fut rejetée. La *Law Commission* écossaise a finalement estimé que cette liste serait nécessairement incomplète, et pourrait conduire les juges à ne pas s'intéresser à des éléments non contenus dans cette liste et pouvant cependant s'avérer déterminant. Ceci aurait pour résultat la mise en place d'un traitement tout à fait « mécanique » de la question du bien-être de l'enfant, ce qui est à proscrire<sup>2</sup>.

**451.** La notion d'intérêt de l'enfant doit « intégrer la perspective de [son] avenir adulte »<sup>3</sup> ; il doit en effet être apprécié dans une perspective d'évolution de l'enfant. La notion de bien-être de l'enfant est quant à elle susceptible d'une appréciation beaucoup plus immédiate. Le bien-être de l'enfant peut requérir le placement de l'enfant dans une famille d'accueil qui saura lui dispenser les soins et l'attention nécessaires à son développement. L'intérêt de l'enfant exige que tout soit mis en œuvre pour que les liens de l'enfant avec sa famille d'origine, même abusive, soient maintenus. Le caractère immédiat de l'appréciation de la notion de bien-être de l'enfant est posé par le droit écossais. En effet le *Children (Scotland) Act 1995* pose

---

<sup>1</sup> « *The welfare of a child is not to be measured by money only, nor by physical comfort only. The word welfare must be taken in its widest sense. The moral and religious welfare of the child must be considered as well as its physical well-being. Nor can the ties of affection be disregarded* », *In re McGrath (infants)* [1893] I Ch 143, p. 148.

<sup>2</sup> Scottish Law Commission, *Report on Family Law (1992)* para. 5.20-5.23.

<sup>3</sup> J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles Bruylant 1984, p. 105.

le principe d'une appréciation du bien-être de l'enfant « *tout au long de son enfance* »<sup>1</sup>. Une nuance est cependant à apporter dans le cadre de la procédure d'adoption, c'est la protection du bien-être de l'enfant « *tout au long de sa vie* » qui est envisagée par le droit écossais<sup>2</sup>. Les systèmes français et écossais ont cependant en commun de ne pas faire de la notion d'intérêt de l'enfant, un refuge de la volonté de l'enfant. L'intérêt ou le bien-être de l'enfant n'est pas ce que souhaite l'enfant<sup>3</sup>. Si les contours de cette notion en droit français ne peuvent que difficilement être mis en évidence, la doctrine écossaise s'est pour sa part appliquée à les définir.

**452.** Le **droit français** s'est toujours refusé à donner une définition juridique de la notion d'intérêt de l'enfant. Pour Monsieur le professeur Frémeaux<sup>4</sup> qui a très bien su mettre en évidence la distinction existant entre les notions floues et les notions indéterminées : « *les notions floues présentent la particularité de pouvoir faire l'objet d'une clarification si leur contenu était abstraitement déterminé une fois pour toutes, alors que l'indéfinition des notions cadres ou des standards est inaltérable* ». La notion d'intérêt de l'enfant se situe entre les deux, c'est une notion qui dans son appréciation *in abstracto* relève de la notion floue, et dans son appréciation *in concreto*, en tant que standard n'est pas susceptible de se soumettre à une définition précise. En effet, préciser la notion d'intérêt de l'enfant c'est aussi lui faire perdre de son adaptabilité aux situations les plus diverses. En droit français, aucune tentative n'a été menée par la doctrine pour dessiner les contours de la notion d'intérêt de l'enfant. Elle est comprise comme « *une technique judiciaire de protection de l'enfant* »<sup>5</sup>, dont le contenu ne peut s'apprécier qu'au regard des faits de l'espèce. Il apparaît alors tout à fait inconcevable de déterminer ce qu'est l'intérêt de l'enfant. Il n'est cependant pas tout à fait impossible d'en dresser le spectre par

---

<sup>1</sup> « *Where (...) a Children's Hearing decide or a court determines, any matter with respect to a child the welfare of that child throughout his childhood shall be their or its paramount consideration* », section 16(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> Section 6 de l'*Adoption Act 1978*, après amendement par l'*Act of sederunt (Rules of the Court of Session Amendment n° 2) (Adoption Applications) 1997*. Nous pouvons remarquer que cette formulation a été reprise à l'identique dans la section 1(4)(c) de la nouvelle loi anglaise réformant l'adoption, l'*Adoption and Children Act 2002*. Voir *infra*. n° 454. L'*Adoption Act 1976* anglais dans sa section 6, ne faisait référence qu'au bien-être de l'enfant durant son enfance. Ceci avait néanmoins été interprété de manière extensive, et l'avantage postérieur à la majorité de l'enfant pouvant résulter d'une adoption était considéré comme un élément à prendre en considération (*relevant factor*). Voir sur ce point les notes sous la section 6 de l'*Adoption Act 1976*, *Halsbury's statutes volume 6*, 1992 réissue, p. 227.

<sup>3</sup> « *L'intérêt de l'enfant ne se confond pas avec ses inclinations personnelles* », voir sur ce point J. Carbonnier, *La famille, l'enfant, le couple*, *Droit civil* Tome 2, 21<sup>e</sup> édition refondue coll. Thémis droit privé, PUF 2002 p. 642.

<sup>4</sup> S. Frémeaux, « Les notions indéterminées du droit de la famille », *RRJ* 1998-3, p. 867.

<sup>5</sup> R. Le Guidec, *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français*. thèse Nantes 1973, p. 646.

l'étude des éléments devant être pris en compte dans sa détermination. Cette notion ne se matérialisera et ne prendra tout son sens que par l'application de cette notion par le juge aux faits de l'espèce. C'est ce à quoi s'est efforcée la doctrine écossaise.

**453.** En **droit écossais**, la doctrine a mis en évidence les « *éléments pertinents* »<sup>1</sup> (*relevant factors*) entrant dans la détermination de l'intérêt de l'enfant par les juges. Ces éléments semblent par bien des aspects, être ceux vraisemblablement pris en compte par les juges français lorsqu'ils sont amenés à se prononcer sur l'intérêt de l'enfant. Cependant, faute de motivation suffisamment détaillée des décisions de justice sur ce point, seul le bon sens permet de l'affirmer. Ces « *éléments pertinents* » recourent également ceux posés par le *Children Act 1989* pour la détermination du bien-être de l'enfant en droit anglais.

**454.** La doctrine écossaise<sup>2</sup> a tiré de la jurisprudence l'existence du « *bien-être physique* »<sup>3</sup> qui recoupe tous les soins et l'attention pouvant être portés à l'enfant. Le « *bien-être émotionnel* »<sup>4</sup>, qui recoupe tout un pan de la vie affective de l'enfant, ses sentiments, sa santé psychologique. Le « *bien-être spirituel* »<sup>5</sup> de l'enfant, notamment son éducation religieuse ou les croyances qui peuvent lui être transmises par ses parents. Le « *bien-être éducatif* »<sup>6</sup>, celui qui aura pour effet de favoriser le développement personnel de l'enfant. Enfin, « *le comportement du demandeur* »<sup>7</sup>, son mode de vie et ses rapports avec l'enfant et les autres membres de la famille, ainsi que les « *rapports de l'enfant avec les membres de sa famille et leur continuation* »<sup>8</sup>, sont des éléments pertinents au regard de la détermination du bien-être de l'enfant dans la procédure. À ces éléments, les professeurs Wilkinson et McK Norrie ajoutent « *le bien-être matériel* » de l'enfant, dès lors que sa non satisfaction aura des répercussions sur les autres formes de son bien-être<sup>9</sup>. Les « *origines*

---

<sup>1</sup> Pour une étude détaillée voir sur ce point E.E. Sutherland, *Children and family law*, T & T Clarke, Edimbourg 1999, p. 221 et s. Voir également A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 10.11 et s., p. 321 et s.

<sup>2</sup> Voir notamment A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 10.11 et s., p. 321 et s.

<sup>3</sup> Notion de « *physical welfare* », E.E. Sutherland, *Children and family law*, T & T Clarke, Edimbourg 1999, p. 223

<sup>4</sup> « *Emotional welfare* », E.E. Sutherland, *op. cit.*, p. 227.

<sup>5</sup> « *Spiritual welfare* », E.E. Sutherland, *op. cit.*, p. 230.

<sup>6</sup> « *Educational welfare* », E.E. Sutherland, *op. cit.*, p. 231.

<sup>7</sup> « *Applicant's behaviour* », E.E. Sutherland, *op. cit.*, p. 231.

<sup>8</sup> « *Links with other family members and continuity of established relationship* », E.E. Sutherland, *op. cit.*, p. 235.

<sup>9</sup> « *Material needs* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 10.12, p. 321.

*personnelles de l'enfant* », qu'elles soient raciales, culturelles ou linguistiques <sup>1</sup>, en tant qu'élément de l'identité personnelle de l'enfant, peuvent également à certains moments jouer un rôle déterminant dans son développement psychologique. La doctrine s'accorde à dire qu'aucun de ces « *éléments pertinents* » ne permet de manière exclusive la détermination du bien-être de l'enfant <sup>2</sup>. Ces éléments forment un ensemble indéfini, aux contours cependant bien déterminés, qui ne trouvera sa substance qu'au contact des faits de l'espèce, et des parties en présence.

**455.** À y regarder de plus près, ces éléments recourent également ceux de la liste légale posée par le législateur anglais. Aux « *besoins physiques, émotionnels et éducatifs* » posés par le *Children Act 1989* <sup>3</sup>, répondent le « *bien-être physique, émotionnel et éducatif de l'enfant* ». Le « *bien-être spirituel* » de l'enfant peut tout à fait recouper la prise en compte des « *origines* » de l'enfant et de « *tout élément personnel* » <sup>4</sup>.

#### b. La tentative de définition par le législateur anglais

**456.** En **droit anglais**, la section 1 du *Children Act 1989* énonce les principes gouvernant toute prise de décision relative à l'éducation de l'enfant dans une procédure civile. Trois grands principes gouvernent la décision rendue par le juge. Ils ont été édictés afin d'assurer une meilleure protection de l'enfant dans les procédures le concernant.

**457.** En premier lieu, la section 1(2) du *Children Act 1989* pose le principe que tout délai dans la détermination de la question posée au juge est susceptible de porter atteinte au bien-être de l'enfant <sup>5</sup>. Ce principe a été établi avec à l'esprit l'idée que les questions relatives à l'enfant doivent être réglées dans les meilleurs délais. En effet, il est considéré que la période pendant laquelle la procédure est en cours est une période d'incertitude pour l'enfant, et que l'écoulement du temps détériore

---

<sup>1</sup> « *Racial origin, cultural and linguistic background* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 10.37, p. 343

<sup>2</sup> Voir notamment A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 10.10 *in fine*, p. 321. Ces éléments pertinents « *are to be regarded as interacting with each other so as to constitute a totality. It is error to concentrate on one to the exclusion of the others* ».

<sup>3</sup> Section 1(3)(a) du *Children Act 1989*.

<sup>4</sup> Section 1(3)(d) du *Children Act 1989*.

<sup>5</sup> « *... The court shall have regard to the general principle that any delay in determining the question is likely to prejudice the welfare of the child* », section 1(2) du *Children Act 1989*.

les relations parentales et par conséquent leur capacité à coopérer entre eux à l'avenir <sup>1</sup>.

**458.** En second lieu, le *Children Act 1989* dispose que le juge doit ordonner la mesure pour laquelle elle a été saisie, si et seulement si elle juge préférable pour l'enfant de rendre cette ordonnance plutôt que de pas rendre d'ordonnance du tout <sup>2</sup>. Ce principe a pour but d'assurer « *que l'ordonnance ne sera prise que lorsqu'elle aura pour conséquence d'améliorer le bien-être de l'enfant, et non simplement parce que les conditions nécessaires à sa mise en œuvre sont remplies* » <sup>3</sup>.

**459.** Enfin, après avoir fait de l'intérêt de l'enfant la considération supérieure <sup>4</sup>, le *Children Act 1989* poursuit en établissant une liste d'éléments <sup>5</sup> devant être vérifiés par le juge lorsqu'il statue sur une demande ou une modification d'ordonnance concernant l'enfant. Il s'agit plus précisément des ordonnances de la section 8 du *Children Act 1989* <sup>6</sup>, ou de mesures de protection de l'enfant prévue par la partie IV <sup>7</sup> de cette même loi.

Le juge en rendant sa décision doit prendre en considération :

« (a) *les souhaits et sentiments de l'enfant dont il est possible de s'assurer (à la lumière de son âge et de son discernement)*

*(b) ses besoins physiques, émotionnels et éducatifs,*

*(c) l'effet qu'un changement de ses conditions de vie pourrait avoir sur lui,*

*(d) son âge, son sexe, ses origines et tout élément personnel que le juge estime pertinent,*

*(e) tout danger dans lequel l'enfant a été placé, ou risque de danger*

*(f) la capacité de ses parents, et de toute autre personne concernée par la procédure, à satisfaire les besoins de l'enfant*

---

<sup>1</sup> « *Delay in court proceedings was considered to be generally harmful to children not only because of the uncertainty it creates for them, but also because of the harm it does to the relationship between the parents in their capacity to co-operate with one another in the future* », *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 para. 444 et note 3, p. 217.

<sup>2</sup> « *Where a court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to the child, it shall not make the order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all* », section 1(5) du *Children Act 1989*.

<sup>3</sup> « *It is also intended to ensure that the order is granted only where it will positively improve the child's welfare and not simply because the grounds for making the order are made out...* », *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, para. 445, p. 218.

<sup>4</sup> Section 1(1) du *Children Act 1989*.

<sup>5</sup> Section 1(3) du *Children Act 1989*.

<sup>6</sup> Sont concernées ici les ordonnances relatives à la résidence de l'enfant (*residence order*), au droit de visite (*contact order*), à une injonction de ne pas faire sur la personne du mineur (*prohibited step order*), à une question spécifique (*specific issue order*).

<sup>7</sup> Il s'agit des mesures de protection et de surveillance de l'enfant (*care and supervision*).

(g) *l'étendue des pouvoirs mis à la disposition du juge dans ce type de procédure par la présente loi* »<sup>1</sup>.

**460.** Cette liste exhaustive a permis de donner aux juges certaines lignes directrices dans la détermination de l'intérêt de l'enfant dans les procédures relatives à son éducation et à la gestion de ses biens. Elle répond au besoin d'uniformiser les décisions relatives à la vie de l'enfant portant sur un même point, ainsi qu'à la recherche d'une meilleure compréhension de la décision du juge par les familles. En 1988 la *law commission* avait affirmé que de toutes les considérations en faveur de l'adoption de ces lignes directrices une des plus importantes était « *qu'une liste pourrait aider les parents et les enfants à comprendre comment la décision a été prise par le juge (...)* Une liste montrerait clairement les éléments devant au moins être pris en considération par le juge »<sup>2</sup>. Jusqu'en 2002 cette liste était la seule donnée par le législateur. On aurait pu penser que, cette tâche accomplie et la difficulté rendue aux juges, le législateur anglais se serait senti débarrassé d'un poids suffisamment lourd pour ne plus y revenir. Dans l'*Adoption and Children Act 2002*, il récidive de façon tout à fait intéressante. En effet, cette loi ayant pour but de mettre en conformité le droit relatif à l'adoption avec les principes posés par le *Children Act 1989*<sup>3</sup>, le législateur dans la section 1(4) de cette loi dresse une nouvelle liste d'éléments devant impérativement être pris en considération avant de prononcer l'adoption de l'enfant<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> « ... *A court shall have regard in particular to*  
(a) *the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding),*  
(b) *his physical, emotional and educational needs,*  
(c) *the likely effect on him of any change in his circumstances,*  
(d) *his age, sex, background and any characteristics of his which the Court considers relevant*  
(e) *any harm which he has suffered or is at risk of suffering*  
(f) *how capable, each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs*  
(g) *the range of powers available to the court under this Act in the proceeding in question* », section 1(3) du *Children Act 1989*.

<sup>2</sup> « *Perhaps most important of all, we are told that such a list could assist both parents and children in endeavouring to understand how judicial decision are made (...)* A checklist would make it clear to all what, as a minimum would be considered by the court », *Family Law Review of Child Law : Guardianship and Custody* (1988) Law Com n° 172.

<sup>3</sup> Notamment en harmonisant avec le *Children Act 1989*, le poids devant être accordé au bien-être de l'enfant dans la décision. De considération première dans l'*Adoption Act 1976*, le bien-être de l'enfant passe à considération supérieure dans l'*Adoption and Children Act 2002*. La section 1(2) de cette loi dispose, « *Le bien-être de l'enfant tout au long de sa vie doit être la considération supérieure de la juridiction où l'organisme prononçant l'adoption* » ; « *The paramount consideration of the court or adoption agency must be the child's welfare, throughout his life* ».

<sup>4</sup> Le *no delay principle* et le *no order principle*, les deux autres principes fondamentaux posés par le *Children Act 1989*, ont également été introduits dans le droit de l'adoption, respectivement par les sections 1(2) et 1(6) de l'*Adoption and Children Act 2002*.

**461.** La section 1(4) de l'*Adoption and Children Act 2002* dispose :

« *Le juge ou l'agence prononçant l'adoption doivent (entre autres) prendre en considération :*

(a) *les souhaits et sentiments de l'enfant dont il est possible de s'assurer (à la lumière de son âge et de son discernement)*

(b) *les besoins particuliers de l'enfant,*

(c) *l'effet qu'aurait sur l'enfant tout au long de sa vie le fait de cesser d'être membre de sa famille d'origine et de devenir un enfant adopté,*

(d) *l'âge, le sexe, les origines de l'enfant ainsi que tout élément personnel que le juge estime pertinent,*

(e) *tout danger (au sens du Children Act 1989) dans lequel l'enfant a été placé ou risque de danger*

(f) *les relations de l'enfant avec ses proches ou avec toute autre personne dans la mesure où elles sont considérées comme pertinentes par le juge ou l'agence d'adoption, incluant*

(i) *la probabilité que ces relations se poursuivent, et l'avantage que l'enfant pourrait tirer de leur continuation*

(ii) *la possibilité et la volonté de tout membre de la famille de l'enfant, ou de toute autre personne, de donner à l'enfant un environnement stable au sein duquel il pourrait se développer, ou de remplir les besoins de l'enfant*

(iii) *les souhaits et sentiments à l'égard de l'enfant de tout membre de la famille de l'enfant, ou de toute autre personne »*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> « *The court or the adoption agency must have regard to the following matters (among others) :*  
(a) *the child's ascertainable wishes and feelings regarding the decision (considered in the light of the child's age and understanding)*  
(b) *the child's particular needs,*  
(c) *the likely effect on the child (throughout his life) of having ceased to be a member of the original family and become an adopted person,*  
(d) *the child's age, sex, background and any of the child's characteristics which the court or agency considers relevant,*  
(e) *any harm (within the meaning of the Children Act 1989 (c.41)) which the child has suffered or is at risk of suffering,*  
(f) *the relationship which the child has with relatives, and with any other person in relation to whom the court or the agency considers the relationship to be relevant, including –*  
(i) *the likelihood of any such relationship continuing and the value to the child of its doing so,*  
(ii) *the ability and the willingness of any of the child's relatives, or any of a such person, to provide the child with a secure environment in which the child can develop, and otherwise to meet the child's needs,*  
(iii) *the wishes and feelings of any of the child's relatives, or of such person, regarding the child », section 1(4) de l'Adoption and Children Act 2002.*

Le législateur anglais n'a pas donné dans l'*Adoption and Children Act 2002* une liste tout à fait identique à celle antérieurement posée dans le *Children Act 1989*. Ceci nous montre bien que tout en souhaitant donner au juge des lignes directrices, le législateur a cependant gardé à l'esprit le fait que la notion de bien-être de l'enfant doit pouvoir être adaptée aux différentes procédures. Les critères devant être pris en compte pour la protection du bien-être de l'enfant, dans le cadre des procédures relatives à son adoption, sont par conséquent légèrement différents de ceux devant être pris en compte dans les procédures relatives à son éducation ou à la gestion de ses biens. La liste posée par l'*Adoption and Children Act 2002* offre tout naturellement une place beaucoup plus importante à l'étude des relations de l'enfant avec les membres de sa famille ou avec les tiers qui lui ont porté attention <sup>1</sup>. En effet, les implications de l'adoption d'un enfant dépassent le cadre de la famille nucléaire. Par conséquent, les relations de l'enfant avec d'autres personnes que ses parents ne peuvent être ignorées.

**462.** L'étude de ces deux listes nous permet de mettre en évidence certaines similitudes qui renforcent le poids de ces lignes directrices dans la prise de décision. La prise en considération des souhaits et les sentiments de l'enfant sur la décision se retrouve de manière identique dans chacune des deux listes ; et si cela devait avoir une signification, nous pouvons remarquer qu'elle se trouve à chaque fois en tête <sup>2</sup>. L'impact de la décision sur la vie de l'enfant est également un point commun entre ces listes, avec cependant une nuance, c'est un impact immédiat qui est retenu dans les décisions relatives à l'éducation et à la gestion des biens de l'enfant, alors qu'il est apprécié au regard de la vie future de l'enfant <sup>3</sup>, dans les procédures relatives à l'adoption. Aucun des éléments de chacune de ces listes n'est en lui-même déterminant, aucun ne propose clairement de solution toute faite au juge. Le bien-être de l'enfant ne supporte d'autre appréciation qu'une appréciation concrète de la situation présentée au juge. Les lignes directrices ainsi énoncées par la loi laissent suffisamment de place à l'appréciation subjective des faits pour une appréciation au plus juste de ce que requiert le bien-être de l'enfant.

**463.** Le rôle du *precedent* <sup>4</sup>, principe élémentaire du droit anglais, est ainsi quasiment nul dans les affaires où il est question du bien-être de l'enfant. En effet,

---

<sup>1</sup> Voir plus particulièrement la sous section (f).

<sup>2</sup> Section 1(3)(a) du *Children Act 1989* et section 1(4)(a) de l'*Adoption and Children Act 2002*.

<sup>3</sup> La section 1(4)(c) de l'*Adoption and Children Act 2002* envisage l'effet de la décision tout au long de la vie de l'enfant.

<sup>4</sup> Principe selon lequel une décision de justice fait jurisprudence.

« bien que l'on puisse être aidé par la sagesse des remarques faites dans les affaires antérieures »<sup>1</sup>, l'appréciation de ce critère ne peut se faire qu'au cas par cas<sup>2</sup>. Il n'empêche qu'une unité existe, puisque ce seront des éléments identiques qui, dans chaque affaire, auront permis la détermination du bien-être de l'enfant. Ce guide, regroupant un certain nombre d'éléments objectifs, ne fait pas perdre totalement au critère du bien-être de l'enfant son caractère de notion floue. Il n'en est pas moins un outil efficace mis à la disposition des juges pour les guider dans leur décision.

**464.** Si le critère du bien-être de l'enfant détermine toute décision concernant celui-ci, l'obligation faite au juge d'utiliser les éléments de la liste n'est pas systématique. Certaines limites à son caractère impératif ont été posées par les textes. Ainsi, dans les procédures relatives à l'éducation et à la gestion des biens de l'enfant (*private law proceedings*), il ne sera fait obligation au juge d'utiliser la liste que dans l'hypothèse où un désaccord existe entre les parents sur la question<sup>3</sup>. Cette liste s'applique cependant, de manière obligatoire à l'ensemble des procédures relatives à la protection de l'enfant (*public law proceedings*)<sup>4</sup>. Enfin, la liste posée par la section 1(4) de l'*Adoption and Children Act 2002* ne s'appliquera de manière impérative que dans le cadre d'une procédure d'adoption.

**465.** Il semble toutefois en pratique que l'utilisation de ces listes légales dépasse le cadre des procédures pour lesquelles elles ont été spécifiquement prévues. En effet, pour bon nombre de juges, ces listes sont des outils utiles, qu'ils

---

<sup>1</sup> « *Although one may of course be assisted by the wisdom of remarks made in earlier cases...* », opinion de Stamp LJ dans l'affaire *Re K (Minors) (Wardship: Care and Control)* [1977] 1 All ER 647, p. 649.

<sup>2</sup> Voir sur ce point M. Hayes et C. William, *Family law. Principles, Policy and Practice*, 2<sup>e</sup> éd. Butterworths 1999, p. 264. Les auteurs posent la question de savoir si lorsqu'il est question pour une juridiction de déterminer le bien-être de l'enfant dans une affaire, un cas dont les faits sont similaires peut tenir lieu de *precedent*, « *catégoriquement la réponse à cette question est 'non'*. Chaque cas impliquant un enfant est unique et par conséquent une affaire ne peut pas tenir lieu de *precedent* dans une autre » ; « *Strictly the answer to this question is 'no'. Every child case is unique and therefore one case cannot be precedent for another* ».

<sup>3</sup> « ... **And the making, variation or discharge of the order is opposed by any party to the proceedings** », section 1(4)(a) *in fine* du *Children Act 1989*.

<sup>4</sup> Section 1(4)(b) du *Children Act 1989*, solution qui peut se déduire de l'absence de conditions dans cet article. Nous devons faire remarquer ici que le bien-être de l'enfant ne s'applique pas au stade du déclenchement de la procédure. Comme la notion d'intérêt de l'enfant en droit français, la protection du bien-être de l'enfant ne peut permettre l'intervention autoritaire de l'État dans les familles. L'élément déclencheur des mesures de protection est celui de la souffrance de l'enfant (*significant harm*). Notion tout à fait identique dans ses critères à celle de danger que nous connaissons en droit français. La recherche du bien-être de l'enfant n'interviendra qu'au stade de décision concernant les mesures les plus appropriées pour l'enfant. Le système de protection de l'enfance s'effectue donc en deux paliers : le « critère seuil » (*threshold stage*) qui va déclencher l'intervention : la souffrance de l'enfant (*significant harm*), suivi du « critère du bien-être » (*welfare stage*) qui va permettre, grâce à l'application de la liste légale, le prononcé de mesures de protection appropriées.

utilisent bien qu'ils ne soient pas légalement tenus de le faire <sup>1</sup>. Dans l'affaire *Payne v. Payne* <sup>2</sup>, le juge Thorpe affirme que « *bien que techniquement la demande fondée sur la section 13(1) ne soit pas soumise à l'examen obligatoire des éléments de la liste légale, il a pu être jugé que les juges devaient néanmoins prendre la précaution d'examiner les éléments contenus dans la liste lorsqu'ils appréciaient le bien-être de l'enfant* » <sup>3</sup>. En jurisprudence, l'utilisation de la liste légale se trouve ainsi étendue à l'ensemble des décisions nécessitant l'appréciation du bien-être de l'enfant par le juge.

**466.** L'uniformisation des critères qui doivent être appréciés par le juge pour la détermination du bien-être de l'enfant se trouve également renforcée par le fait que la jurisprudence ait imposé au juge une vérification précise des éléments contenus dans la liste. Dans l'affaire *Re D (Contact : Interim Order)* <sup>4</sup>, le juge Wall J a affirmé qu'il était « *inacceptable pour une juridiction d'affirmer simplement qu'elle 'avait pris en considération les éléments de la liste légale' sans autres spécifications, à moins qu'elle n'ait ailleurs dans son jugement ou ses motivations (...) examiné en détail les éléments pertinents de la liste, montrant ainsi qu'elle s'est appliquée à les prendre en considération* » <sup>5</sup>. La jurisprudence anglaise a donc achevé le dessein du législateur. Imposer aux juges de faire apparaître dans leurs motivations l'examen des différents éléments de la liste est une garantie pour les familles et pour l'enfant. C'était le seul moyen de donner à cette liste légale une efficacité et c'est également le maximum possible pour ne pas tomber dans un excès de précisions qui nuirait à une application au plus juste de la notion de bien-être de l'enfant.

**467.** Cette position a au moins le mérite d'imposer plus de clarté dans l'utilisation du critère du bien-être de l'enfant, et certaines juridictions françaises pourraient s'inspirer de l'effort de motivation imposé aux juges anglais dans l'utilisation de ce critère. Trop nombreux sont encore les juges qui fondent leurs décisions sur l'intérêt de l'enfant, en se déliant de leur obligation de les motiver par le seul fait d'invoquer ce critère. Un effort de motivation permettrait sans doute à

---

<sup>1</sup> *In Re B (Change of Surname)* [1996] 2 FCR 304, [1996] 1 FLR 791 CA, voir plus particulièrement l'opinion du juge Wilson.

<sup>2</sup> [2001] 1 FCR 425, [2001] 1 FLR 1052 CA

<sup>3</sup> « *Although technically an application brought under section 13(1) is not subject to the welfare checklist, it has been held that the trial judge should nevertheless take the precaution of regarding the checklist factors when carrying out his welfare appraisal* ».

<sup>4</sup> [1995] 1 FLR 495.

<sup>5</sup> « *It is unacceptable for any court to make a bland statement that it has 'considered all aspects of the welfare checklist' without further particularisation unless, in the course of its judgment or reasons, it has (...) dealt in detail with the relevant aspects on the checklist, thereby demonstrating that it has applied its mind to the relevant factors* ».

ces décisions d'être mieux comprises et par conséquent mieux appliquées par les familles. Imposer aux juges de motiver leurs décisions de manière plus rigoureuse lorsqu'ils appliquent le critère de l'intérêt de l'enfant serait une garantie contre l'arbitraire qui a pu être reproché à l'utilisation de cette notion par certains auteurs <sup>1</sup>. L'intérêt de l'enfant n'est pas l'intime conviction du juge, et faire reposer la détermination de cette notion sur des lignes directrices, des critères préétablis devant être impérativement examinés avant de prononcer la décision, est une voie que l'exemple anglais nous permet d'envisager comme raisonnable.

## 2. La place de l'enfant dans la détermination de son intérêt

**468.** En **France**, si la protection du bien-être ou de l'intérêt de l'enfant a été assez tôt consacrée en jurisprudence, l'idée que l'enfant puisse avoir un rôle actif dans la détermination de son intérêt est assez récente. Monsieur le professeur Hauser a très justement fait remarquer que « *c'est l'intérêt de l'enfant, fût-il majeur, décidé par les autres, le père, la mère, les juges, les juristes, etc., dans la détermination duquel il a peu de rôle* » <sup>2</sup>, qui est retenu par les juridictions comme critère de décision. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer clairement sur la place devant être accordée aux sentiments de l'enfant, notamment dans les procédures relatives à l'autorité parentale. La formule est de principe, les dispositions du Code civil « *n'imposent pas au juge de se conformer aux souhaits des enfants en ce qui concerne les modalités d'exercice de l'autorité parentale* » <sup>3</sup>.

**469.** Toutefois, si les juges ne sont pas tenus de suivre la volonté de l'enfant, ils doivent néanmoins tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant <sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 439.

<sup>2</sup> J. Hauser, *Actes du colloque Autour de l'enfant*, 6 mai 1993, centre de droit de la famille Lyon, p. 35.

<sup>3</sup> Voir notamment Cass. civ. 2<sup>e</sup> 25 mai 1993, *Bull. civ.*, II, n° 185 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup> 11 février 1999, pourvoi n° 97-16682, inédit, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Dans cette affaire, le refus des fillettes de rencontrer leur père présumé abusif, se trouvait soutenu par les rapports des experts psychiatres qui considéraient qu'il serait dommageable pour les enfants de revoir leur père à ce stade de leur processus de reconstruction. Un droit de visite, limité et encadré, a néanmoins été rétabli par le juge, celui-ci estimant qu'il « *serait bénéfique pour l'enfant de voir leur père* ». Les critères de détermination de l'intérêt de l'enfant semblent une fois encore difficilement saisissables.

<sup>4</sup> Voir notamment Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 novembre 1996, *Bull. civ.*, II, n° 254 ; D. 1997, somm., p. 279, obs. N. Descamps ; D. 1997 jur., note Y. Benhamou ; *Deffrénois* 1997 art 36632, p. 987 obs. Massip ; *RTDciv.* 1997, p. 112 obs Hauser ; *Dr. fam.* 1997 n° 26 obs. P. Murat. Voir également Cass. civ. 1<sup>re</sup> 8 juin 1999, *Dr. fam.* 1999 n° 136 obs. A. Gouttenoire-Cornut.

Il est fait obligation aux juges dans la motivation de leur décision de mentionner qu'il a bien été tenu compte des sentiments de l'enfant, au même titre que les autres éléments mis à sa disposition. Il ne suffit pas que cette obligation de motivation soit remplie par une formule laconique. Nous pensons que cette exigence de motivation doit s'accompagner d'une réelle explication aux parties, des éléments ayant déterminé la décision, et dont fait partie la volonté de l'enfant. Si le juge ne se conformait pas à la volonté de l'enfant, nous pensons, comme Monsieur le professeur Murat, qu'il est indispensable de faire sentir à l'enfant « *par une motivation qui ne passe pas sous silence les sentiments exprimés, que ceux-ci ont été un élément dûment pris en considération, mais primé par d'autres plus puissants* »<sup>1</sup>. C'est à l'enfant qu'il appartient en premier lieu de faire comprendre la décision relative à l'autorité parentale, car c'est lui qui la subit. La nécessité pour le juge de motiver sa décision apparaît de manière beaucoup plus flagrante lorsqu'il statue en vertu de notions floues, tel l'intérêt de l'enfant. Le juge, en l'absence de règle de droit, doit pouvoir expliquer ce qui l'a poussé à rendre une décision dans un sens et non dans l'autre. Il apparaît alors indispensable que le juge prenne position quant aux souhaits ayant pu être émis par le mineur au cours de la procédure. Pour Monsieur Y. Benhamou, c'est même un impératif : le juge « *doit indiquer de façon argumentée pour quelles raisons il se conforme ou ne se conforme pas aux souhaits formulés par l'enfant...* »<sup>2</sup>.

**470.** À l'heure actuelle, la motivation des décisions de justice ne permet pas toujours de déterminer clairement quelle est la place accordée aux sentiments de l'enfant dans la décision le concernant. Il semblerait néanmoins que l'âge de l'enfant soit un facteur déterminant<sup>3</sup>. Il apparaît alors que le juge va très rarement à l'encontre des sentiments exprimés par les mineurs de plus de seize ans<sup>4</sup>, et que la prise en compte des sentiments d'enfant de moins de dix ans ne soit pas exceptionnelle<sup>5</sup>. En dehors de l'âge, il n'existe aucun critère permettant de mettre en évidence quelle est la place réellement accordée aux sentiments de l'enfant dans

---

<sup>1</sup> P. Murat note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 novembre 1996, *Dr. fam.* 1997 n°26, p. 14.

<sup>2</sup> Y. Benhamou, note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 novembre 1996, *D.* 1997 jur., p. 193.

<sup>3</sup> Voir notamment A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 10.44, p 348-349, « *the older child's desires are always a matter relevant to the determination of where his or her interests lie, and should therefore, be at the forefront of the Court's consideration* ».

<sup>4</sup> Voir sur ce point J-F Eschylle et A. Ganzer, *Jurisclasseur art 286 à 295*. Fasc. 10-1 effet du divorce n° 48.

<sup>5</sup> J-F Eschylle et A. Ganzer, art. préc. n° 48.

la décision le concernant. Il semble toutefois que les droits parentaux puissent céder devant la volonté d'un grand adolescent <sup>1</sup>.

**471.** Néanmoins, la décision relative à l'enfant est bien souvent le fruit d'une négociation parentale entérinée par le juge <sup>2</sup>. La place de l'enfant dans le processus décisionnel soulève ainsi des interrogations. Celle-ci ne sera que celle que les parents veulent bien lui accorder <sup>3</sup> et sur laquelle le juge en droit français n'a que peu de contrôle. Aussi, les juges ne doivent pas craindre de solliciter l'audition de l'enfant lorsque les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur sa personne sont le fruit d'un accord parental.

**472.** Le peu de pouvoir accordé à l'enfant dans la détermination de son intérêt, a pu être mis en évidence en **droit anglais**, par la doctrine. Pour Mme le professeur Fortin : « *on attend des juridictions qu'elles arrivent à la solution qui s'accordera le plus avec la notion que les adultes se font des intérêts supérieurs de l'enfant, qu'elle soit ou non conforme aux souhaits émis par ce dernier* » <sup>4</sup>. Le système anglais accorde néanmoins à l'enfant la possibilité d'exprimer son opinion lorsqu'il sera question d'évaluer ce que requiert son bien-être dans une procédure judiciaire.

**473.** Le **droit écossais** accorde une place tout à fait particulière aux souhaits et sentiments exprimés par l'enfant. Dans le cadre des *welfare hearing*, qui sont des audiences spécifiques dont le but est la détermination du bien-être de l'enfant, le droit écossais a fait le choix d'imposer au juge le recueil des sentiments du mineur. Cette position a été interprétée comme la consécration d'un droit de l'enfant à jouer un rôle dans la détermination de son intérêt <sup>5</sup>. Cette position est tout à fait différente de celle retenue en droit anglais qui n'impose au juge de recueillir les sentiments de l'enfant qu'en tant qu'outil permettant de déterminer

---

<sup>1</sup> Riom du 11 avril 2000 (*Juris-Data* n°2000-115904). Dans cette affaire « *le refus ferme et réitéré du mineur [âgé de 17 ans et demi] de voir son père tel qu'il l'a été exprimé lors de son audition devant le juge de première instance est pris en compte pour supprimer le droit de visite de celui-ci, alors que le mineur, bientôt majeur et bien qu'affligé d'une hydrocéphalie, est parfaitement capable d'exprimer ses sentiments, la mise en œuvre d'un tel droit se révélant ainsi impossible et contraire à son intérêt d'enfant fragile et souffrant* ».

<sup>2</sup> Voir notamment E. Leroy, « Jeux et enjeux d'une négociation dans un cabinet de juge des enfants », *De quel droit ? De l'intérêt... aux droits de l'enfant*, cahier du CRIV, Vaucresson 1988 p. 144, « on observera alors l'avocat, l'éducateur ou un des parents conduire l'audience, le juge se limitant à légitimer le compromis qui naît progressivement devant lui ».

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 469 et s.

<sup>4</sup> « *The courts are expected to achieve a result which most accords with adult notions of children's best interests, whether or not it accords with their wishes* », J. Fortin, *Children Rights and the developing law*, LexisNexis Butterworths 2003, p. 247.

<sup>5</sup> Voir *Report on family law* para. 5.24.

l'intérêt de l'enfant. En effet, pour la *law commission* écossaise les souhaits du mineur « *doivent être pris en compte en tant que tel et non comme un simple élément du bien-être de l'enfant* »<sup>1</sup> ; leur recueil constitue bien une étape à part entière dans la procédure.

**474.** Lorsqu'un conflit s'élève dans une procédure concernant l'enfant<sup>2</sup>, une audience visant spécifiquement à la détermination de son bien-être est prévue en droit écossais : le *child welfare hearing*. Lorsqu'une partie a notifié son intention de défendre à une instance relative aux droits parentaux et à la responsabilité parentale<sup>3</sup>, le *sheriff* doit impérativement, et au plus tôt 21 jours après la notification de l'intention de défendre<sup>4</sup>, procéder à un *Child welfare hearing*. C'est un préalable obligatoire au rendu de sa décision. Cette audience spécifique a lieu à huis-clos<sup>5</sup>, et il appartient aux parties de fournir au juge les éléments lui permettant de parvenir à une décision<sup>6</sup>. Le juge dispose cependant du pouvoir d'ordonner toute mesure qu'il jugera appropriée afin de lui permettre de se prononcer le plus rapidement possible sur le bien-être de l'enfant<sup>7</sup>.

**475.** Les parties doivent impérativement être présentes à l'audience, ainsi que l'enfant concerné dès lors qu'il en a émis le souhait<sup>8</sup>. Aucune mesure définitive n'est adoptée par le *sheriff* dans le cadre du *child welfare hearing*. Cette audience spécifique n'est qu'une étape dans la procédure. Elle peut être l'occasion pour les parties de parvenir à un accord sur ce que requiert le bien-être de l'enfant ; cet accord pouvant par la suite être validé par le *sheriff* dans sa décision. Dans l'optique de la recherche d'un accord entre les parties sur ce que requiert l'intérêt de l'enfant, il semblerait que le *sheriff* joue un rôle beaucoup plus actif qu'à

---

<sup>1</sup> « *These ... ought to be taken into account in their own right and not just as an aspect of welfare* », Scot. Law Com., *Report on family law*, para. 5.23.

<sup>2</sup> Cette procédure est celle introduite devant un *Sheriff*, juridiction de première instance en matière familiale. Un *Child welfare hearing* n'est pas possible devant la *Court of Session*, (juridiction suprême en droit écossais). Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 9.44, p. 294.

<sup>3</sup> Action introduite sur le fondement de la section 11 du *Children (Scotland) Act* 1995. Le juge dispose toutefois de la possibilité de fixer un *Child welfare hearing* dès lors qu'il l'estime nécessaire, dans toute procédure familiale dès que se pose la question de la détermination du bien-être de l'enfant. Règle 33.22A(1)(c) de l' *Act of sederunt (Sheriff Court ordinary cause rules) 1993 SI 1993 n° 1956* après amendement par l'*Act of Sederunt (Family proceedings in the Sheriff court) 1996, SI 1996 n° 2167*. (O.C.R. 1993).

<sup>4</sup> Cette audience peut avoir lieu plus tôt si le juge l'estime nécessaire, règle 33.22A(1) O.C.R. 1993.

<sup>5</sup> Règle 33.22A(4).O.C.R. 1993.

<sup>6</sup> Règle 33.22A(6) O.C.R. 1993.

<sup>7</sup> Règle 33.22A(4) O.C.R. 1993.

<sup>8</sup> Règle 33.22A(5) O.C.R. 1993

l'ordinaire, dans le but de faire parvenir les parties à cet accord <sup>1</sup>. Le *child welfare hearing* permet également d'entendre l'enfant sur sa vision de son intérêt, et de le faire participer activement à sa détermination. En effet dans le cadre du *welfare hearing* il est l'unique personne concernée par l'issue de l'audience. Nous voyons que le législateur écossais fait confiance au juge pour mener un débat auquel l'enfant concerné puisse assister et participer. Le droit écossais a donc mis en place une participation active du mineur à la détermination de son intérêt, l'enfant a une place qui lui est propre dans le processus de décision. Certes, l'enfant n'aura pas toujours le dernier mot, mais il aura été entendu.

**476.** En **droit anglais**, le *Children Act 1989* comme l'*Adoption and Children Act 2002* font des souhaits et sentiments de l'enfant les premiers éléments à prendre en considération par le juge lorsqu'il statue sur le bien-être de l'enfant. Néanmoins, il ne leur est pas accordé de place spécifique dans le déroulement de la procédure.

Il va sans dire que le poids accordé aux souhaits de l'enfant dans la détermination de son intérêt sera entre autres lié à sa maturité, à son âge, aux circonstances particulières de l'espèce. Néanmoins pour le juge Wilson <sup>2</sup>, hormis dans les affaires de traitement médical, les décisions de justice allant à l'encontre de la volonté d'enfants de plus de douze ans sont pratiquement inconnues en droit de la famille <sup>3</sup>. Pour les professeurs Cretney et Masson, les opinions d'enfants de moins de dix ans n'emportent que très rarement la décision <sup>4</sup>. Ceci laisse subsister certaines zones d'ombre, où le poids de la volonté de l'enfant dans la détermination de son intérêt ne pourra que difficilement être mis en évidence <sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *Parent and child*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, p. 295, para. 9.45 *in fine*.

<sup>2</sup> Dans l'affaire *Re B (Change of surname)* [1996] 1 FLR 791.

<sup>3</sup> « *The wishes of normal children aged 16, 14 and 12 are virtually unknown to family law* », *Re B (Change of surname)* [1996] 1 FLR 794.

<sup>4</sup> S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 20-012, p. 654.

<sup>5</sup> Voir *infra* n° 469 et s.

## §2. L'intérêt de l'enfant : une considération supérieure ou une considération première

**477.** Le choix de donner à l'intérêt de l'enfant la considération première ou la considération supérieure n'est pas sans conséquences notamment au regard de l'intérêt des parents dans la procédure. Les choix effectués dans chacun des systèmes étudiés n'apparaissent pas intangibles (A). Le poids accordé à l'intérêt de l'enfant joue un rôle d'autant plus important que la protection de cet intérêt peut heurter la mise en œuvre des droits des tiers et parfois faire obstacle à l'exercice de ses droits par l'enfant (B)

### A. Les implications d'un tel choix

**478.** En **droit anglais**, en vertu de la section 1(1) du *Children Act 1989* « lorsqu'une Cour doit statuer sur une question relative à  
(a) l'éducation de l'enfant ; ou  
(b) l'administration des biens de l'enfant ou le sort des revenus qui en sont issus, le bien-être de l'enfant doit être la considération supérieure »<sup>1</sup>.

Cette disposition du *Children Act 1989* n'instaure pas de nouveauté en matière de procédure civile dans la mesure où le *Guardianship of Infants Act 1925*<sup>2</sup> et le *Guardianship of Minors Act 1971*<sup>3</sup>, relatifs à la tutelle des mineurs, ainsi que la

---

<sup>1</sup> « *When a court determines any question with respect to –*  
(a) the upbringing of the child ; or  
(b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it,  
*the child's welfare shall be the court's paramount consideration* », section 1(1) du *Children Act 1989*.

<sup>2</sup> La section 1 du *Guardianship of Infants Act 1925* relative à la garde des enfants dispose, « *le juge doit considérer le bien-être de l'enfant comme la considération première et supérieure, et ne doit pas rechercher si d'un autre point de vue la demande du père, ou tout autre droit que la common law reconnaît au père relativement à la garde... est supérieur à celui de la mère...* » ; « *the court shall regard the welfare of the infant as the first and paramount consideration and shall not take into account whether from any other point of view the claim of the father, or any right at common law possessed by the father, in respect of such custody ...is superior to that of the mother* ». Affirmer que le bien-être de l'enfant est la considération supérieure était un moyen de placer la mère sur un pied d'égalité avec le père en matière de garde de l'enfant. En effet, celle-ci ne disposait pas encore légalement, à cette époque, d'un droit de garde sur ses enfants. Ce dernier appartenait en intégralité au chef de famille. Voir sur ce point notamment S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 20-001, p. 635, qui font de ces dispositions le fruit de revendications féministes. Voir également H. Reece, « The paramountcy principle, consensus or construct », *Current legal problems* 49 [1996], p. 268.

<sup>3</sup> *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 para. 442, p. 216. Ces deux lois ont depuis été abrogées.

jurisprudence <sup>1</sup> faisaient déjà du bien-être de l'enfant, la considération supérieure. Le *Children Act 1989* ne fait qu'accroître la portée de ce principe, en le rendant applicable dès lors qu'une question relative à l'éducation de l'enfant se pose et en énonçant de manière très précise la manière dont les juges seront tenus de l'appliquer <sup>2</sup>. La procédure civile a donc été réorganisée en conséquence afin de tenir compte des principes établis par la section 1 du *Children Act 1989*.

**479.** Le principe de considération supérieure s'applique également au critère du bien-être de l'enfant en **droit écossais** <sup>3</sup>, dans les mêmes limites que celles posées par le droit anglais <sup>4</sup>. La jurisprudence anglaise sur ce point fait également autorité en Écosse <sup>5</sup>. L'alliance de ce principe avec celui de non intervention « *no order principle* » a conduit de manière assez surprenante le droit écossais à faire du bien-être de l'enfant un élément de preuve à la charge du demandeur <sup>6</sup>.

**480.** La question ne se pose donc pas de savoir si les droits anglais et écossais ont voulu aller plus loin que la Convention internationale des droits de l'enfant, qui exige tout au plus que l'intérêt de l'enfant soit la considération première, puisque le principe de considération supérieure existait dans ces systèmes antérieurement à l'adoption de la convention de New York. En droit écossais, Erskine <sup>7</sup> dans ses *Principes* fait déjà référence au bien-être de l'enfant

---

<sup>1</sup> *J v C* [1970] AC 668, voir notamment l'opinion de Lord MacDermott dans l'interprétation qu'il donne aux termes de « considération supérieure » appliqué à la notion de bien-être de l'enfant (*welfare*) p. 710-711, « *Je pense qu'ils suggèrent un processus où, lorsque tous les faits pertinents, les relations, les demandes et les souhaits des parents, les risques, les choix et autres circonstances ont été pris en considération et mis en balance, la décision à prendre est celle qui protège le plus le bien-être de l'enfant, au sens où ce terme est désormais employé. Il est la première considération parce qu'il est de la première importance, et il est la considération supérieure parce qu'il détermine la décision devant être adoptée* ».

<sup>2</sup> La section 1(3) du *Children Act 1989* dresse une liste de facteurs devant impérativement être pris en considération par le juge lorsqu'il rend sa décision, *statutory checklist*.

<sup>3</sup> Le critère du bien-être de l'enfant a été introduit en droit écossais avec le *Guardianship of Infants Act 1925*, loi commune à l'Angleterre et à l'Écosse. Cette loi fut par la suite modifiée par le *Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986*, en vigueur avant l'adoption du *Children (Scotland) Act 1995*, qui sont des législations propres à l'Écosse.

<sup>4</sup> « *The Court shall regard the welfare of the child concerned as its paramount consideration...* », section 11(7)a du *Children (Scotland) Act 1995*. Lorsqu'une juridiction statue sur les droits et devoirs parentaux ou l'administration du patrimoine de l'enfant, son bien-être doit être la considération supérieure.

<sup>5</sup> Voir *infra* n° 512 et s. Les affaires *J. v C* [1970] AC 710, et *Richards v Richards* [1984] AC 203 notamment, qui posent les limites au principe de considération supérieure, font également autorité en droit écossais.

<sup>6</sup> Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 10.04, p. 315. Il appartiendra donc au demandeur de prouver que la mesure est conforme à l'intérêt de l'enfant pour voir sa demande acceptée. Faute pour lui de rapporter cette preuve, il perdra l'affaire. Cette approche est assez surprenante. Faire du bien-être de l'enfant l'enjeu d'une question de preuve, ne nous semble pas suffisamment protecteur du bien-être de l'enfant.

<sup>7</sup> John Erskine of Carnock, un des pères du droit écossais avec Stair, a largement contribué à l'essor du droit écossais avec les *Principles of the law of Scotland* (la première édition date de 1754) et

comme étant la considération supérieure<sup>1</sup>. En droit anglais, la jurisprudence avait également fait une interprétation tout à fait extensive de la notion de bien-être. Dans une affaire *J. v C.*<sup>2</sup>, les juges avaient interprété les termes de la section 1 du *Guardianship of Infants Act 1925* comme faisant de l'intérêt de l'enfant la « *considération première et supérieure* »<sup>3</sup>. Pour Lord MacDermott, le bien-être de l'enfant « *est la considération première car elle est de la première importance, et la considération supérieure parce qu'elle détermine la décision* »<sup>4</sup>. Cette solution a conduit la jurisprudence et la doctrine<sup>5</sup> à faire du bien-être de l'enfant l'unique considération, celle qui emportera la décision du juge, lorsque les intérêts de l'enfant viendront à entrer en conflit avec les intérêts d'autres parties à la procédure, y compris ceux de ces parents. Nous verrons que les systèmes anglais et écossais ont choisi de faire prévaloir les intérêts de l'enfant sur ceux de ses parents, dans les situations de conflit d'intérêts. En droit français, en raison du caractère absolu de l'autorité parentale, les solutions données au conflit d'intérêts entre parents et enfant n'ont jamais posé de manière absolue la supériorité de l'intérêt de l'enfant sur celui des autres parties à la procédure. Cela est notamment lié au fait que le système français ne fait pas de l'intérêt de l'enfant la considération supérieure, et que l'intérêt de l'enfant est traité à égalité avec l'intérêt des autres parties à la procédure.

**481.** L'application du principe de considération supérieure (*paramountcy principle*) se trouve toutefois limitée aux procédures relatives à l'éducation de l'enfant et à la gestion de son patrimoine<sup>6</sup>. Il ne s'impose pas de manière générale à l'ensemble des décisions devant être prises dans la vie de l'enfant. Légalement, ce principe ne s'impose pas non plus aux parents dans la prise de décision concernant

---

son *Institute of the law of Scotland* (la première édition est posthume, elle date de 1773) chacun regroupant au sein d'un même recueil les principes et le fonctionnement général du droit écossais. Pour plus de détails voir H. David, *Introduction à l'étude du droit écossais*, LGDJ Paris 1972, pp. 348 et suivantes.

<sup>1</sup> Erskine, *Principles of the law of Scotland*, 20<sup>e</sup> éd. par J. Rankine, Edimbourg, 1903, p. 74, « *The court may regulate the custody of a pupil and access to it, having regard to its welfare (which is the paramount consideration)* ».

<sup>2</sup> *J. v C.* [1970] AC 668.

<sup>3</sup> « *The first and paramount consideration* », *J. v C.* [1970] AC 668, p. 710.

<sup>4</sup> « *That is the first consideration because of its first importance and the paramount consideration because it rules upon or determines the course to be followed* », *J. v C.* [1970] AC 668, p. 710.

<sup>5</sup> S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 20-001, pp. 635-636 ; A. Baiham, *Children, The modern law*, 2<sup>e</sup> éd. Family Law 1998, p. 35.

<sup>6</sup> La section 1(1) du *Children Act 1989* pose le principe de considération supérieure, « *Lorsqu'une juridiction doit statuer sur une question relative à*  
(a) *l'éducation de l'enfant ; ou*  
(b) *la gestion du patrimoine de l'enfant ou à l'utilisation des revenus qui en seraient issus* »

leur enfant, bien qu'en pratique se puisse être le cas. L'application de ce principe tend néanmoins à s'étendre à un maximum de procédures concernant l'enfant.

**482.** Très récemment, la nouvelle loi anglaise sur l'adoption <sup>1</sup> a fait du bien-être de l'enfant la considération supérieure <sup>2</sup> alors que jusqu'à présent, dans ce domaine il était la considération première <sup>3</sup>. Un des objectifs principaux de cette réforme était de mettre en conformité le droit de l'adoption avec les principes posés par le *Children Act 1989* <sup>4</sup>, et en particulier celui faisant du bien-être de l'enfant la considération supérieure.

**483.** Il n'en demeure pas moins que les procédures concernant l'enfant de manière incidente ne seront pas soumises au principe de considération supérieure. Une liste exhaustive des procédures dans lesquelles le principe de considération supérieure ne s'applique pas peut être dressée <sup>5</sup> : divorce, violences conjugales, conséquences financières du divorce, demande d'attribution d'un logement (*secure accomodation orders*), révélation d'éléments de preuve (*disclosure of evidence*), expérimentation médicale, anonymat en matière de fécondation *in vitro* avec tiers donneur, test de paternité. Dans l'affaire *Richards v Richards* <sup>6</sup>, l'opinion majoritaire exposée par Lord Hailsham of St Marylebone a exclu de façon générale le principe de considération supérieure dès lors que l'éducation de l'enfant était un problème incident dans la procédure <sup>7</sup>. Ainsi, le droit relatif aux relations matrimoniales ne fait pas du bien-être de l'enfant la considération supérieure <sup>8</sup>. Ce critère ne peut fort

---

<sup>1</sup> *Adoption and Children Act 2002*

<sup>2</sup> La section 1(2) de l'*Adoption and Children Act 2002* dispose : « *Le bien-être de l'enfant tout au long de sa vie doit être la considération supérieure de la juridiction où l'organisme prononçant l'adoption* » ; « *The paramount consideration of the court or adoption agency must be the child's welfare, throughout his life* ».

<sup>3</sup> Section 6 de l'*Adoption Act 1976* jusqu'alors en vigueur. Le bien-être de l'enfant était dans cette section traité comme « *first consideration* ».

<sup>4</sup> « *The Act aligns adoption law with the relevant provisions of the Children Act 1989 to ensure that the child's welfare is the paramount consideration in all decisions relating to adoption* », section 5 de la note explicative (*explanatory note*) du *Adoption and Children Act 2002*.

<sup>5</sup> J. Herring, « *the Human Rights Act and the welfare principle in family law – conflicting or complementary* » [1999] CFLQ 226.

<sup>6</sup> [1984] AC 174.

<sup>7</sup> *Richards v Richards* [1984] AC 203. Lord Hailsham affirme que selon lui le principe de considération supérieure ne s'applique de manière absolue que dans les procédures relatives à la garde, à l'éducation et à la gestion du patrimoine de l'enfant. Le bien-être des enfants, même s'il doit être pris en compte n'est pas la considération supérieure dans le cadre d'une procédure de délogement « *ouster proceedings* ». « *The welfare of a minor is only to be regarded as the first and paramount consideration (...) where the custody, upbringing or proprietary interest of the minor are directly in issue. The section [s1 of the guardianship of minor Act 1971] does not apply in ouster proceedings* », p. 175. Dans cette affaire la mère, après avoir abandonné le domicile conjugal, demandait le délogement du mari, afin qu'elle puisse le réintégrer avec ses enfants, les services sociaux n'ayant pu lui procurer qu'une caravane pour abriter sa famille.

<sup>8</sup> La section 25(1) du *Matrimonial Causes Act 1973* fait également du bien-être de l'enfant la considération première. Voir également sur ce point l'affaire de principe *Suter v. Suter and Jones* [1987] fam 111, qui a exclu le principe de considération supérieure dans la détermination de la pension alimentaire qui sera attribuée au parent gardien des enfants mineurs après divorce. Pour Sir

heureusement déterminer à lui seul ce qu'il adviendra de la situation conjugale des parents.

**484.** Ceci ne signifie pas cependant que, dans le cadre des procédures de divorce, le bien-être de l'enfant ne sera jamais la considération supérieure. Il le deviendra, en vertu de la section 1 du *Children Act 1989*, et de la section 11(7) du *Children (Scotland) Act 1995* dès lors que l'éducation de l'enfant ou la gestion de son patrimoine seront au cœur de la décision. Les causes de la séparation des parents et les effets de cette séparation ne peuvent être envisagés de manière identique sur le terrain du bien-être de l'enfant. Seuls les effets de la séparation rejailliront sur les enfants, par conséquent, c'est relativement à ces effets seulement que le principe de considération supérieure trouvera à s'appliquer.

**485.** Après une quinzaine d'années de ce régime bien établi, avec l'adoption du *Human Rights Act 1998* et du *Scotland Act 1998*, qui ont eu pour effet d'introduire dans l'ordre juridique interne la Convention européenne des droits de l'Homme, le débat entre considération première et considération supérieure, a refait son apparition en Angleterre et en Écosse. En effet, beaucoup d'auteurs<sup>1</sup> se sont interrogés sur la compatibilité du principe de considération supérieure avec l'article 8 de cette convention qui garantit la protection de la vie familiale. Plus précisément, il a fallu rechercher si le principe de supériorité du bien-être de l'enfant n'était pas susceptible d'entrer en conflit avec la garantie accordée aux droits parentaux par l'article 8. En effet, en vertu de cet article, ces droits ne peuvent être remis en cause que dans un nombre limité d'hypothèses, dont celle liée à la nécessité de protéger les droits et libertés d'autres personnes. Il semble que la jurisprudence se soit ralliée à la solution qui retient l'absence d'incompatibilité.

**486.** En effet, dans l'affaire *Re L (A child)(Contact : Domestic Violence)*<sup>2</sup>, Lady Butter-Sloss s'est fondée sur l'affaire *Hendricks v Netherland*<sup>3</sup> pour décider que le principe de considération supérieure permettait de faire prévaloir le bien-être de

---

R. Cumming-Bruce, « *the duty of the court under section 25(1) [Matrimonial Causes Act 1973], as amended, is to have regard to all circumstances, first consideration being given to the welfare* ».

<sup>1</sup> Voir sur ce point J. Fortin, *Children Rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis Butterworths 2003, p. 247 ; White, Care and Lowe, *The Children Act in Practice*, 3<sup>e</sup> éd. LexisNexis Butterworths 2002, para. 2.5 p. 21 ; J. Eekelaar, « Beyond the welfare principle », 14 [2002] 3 CFLQ 237. J. Herring, « the Human Rights Act and the welfare principle in family law – conflicting or complementary » [1999] CFLQ 226.

<sup>2</sup> [2001] Fam 260.

<sup>3</sup> (1982) 5 EHRR 223. Décision rendue par la Commission européenne des droits de l'Homme et non le juge, qui a retenu que lorsque l'intérêt de l'enfant était en conflit avec celui de ses parents, et que la décision ne pouvait être rendue qu'au détriment de l'un des deux, en application de l'article 8(2) de la CEDH, l'intérêt de l'enfant emportait la décision.

l'enfant sur l'intérêt du père à obtenir un droit de visite <sup>1</sup>. Ceci nous amène à la conclusion qu'aux yeux de la jurisprudence anglaise, le principe de considération supérieure ne vient pas heurter l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

**487.** Néanmoins, l'application du principe de considération supérieure soulève à l'heure actuelle de nombreuses questions en doctrine <sup>2</sup>. Le professeur Eekelaar, notamment, a ainsi mis en avant la nécessité de repenser la manière dont la notion de bien-être de l'enfant est mise en œuvre <sup>3</sup>. Pour le professeur Reece, il est même nécessaire de supprimer purement et simplement le principe de supériorité du bien-être de l'enfant, afin de mettre en place un système qui reconnaîtrait que l'enfant n'est qu'un participant dans le procès, dont l'intérêt doit être pris en compte à égalité avec celui des autres parties <sup>4</sup>. Il ne prévaudrait pas de manière absolue et *a priori* sur les intérêts des autres parties au procès. Le professeur Eekelaar, quant à lui, préconise instamment de rendre son application plus respectueuse des intérêts des autres parties à la procédure, plus particulièrement de ceux des parents. En effet, comme le fait remarquer un auteur, à l'heure actuelle « *les demandes des autres membres de la famille et de la communauté ne sont pertinentes que dans la mesure où elles affectent directement le bien-être de l'enfant* » <sup>5</sup>.

**488.** L'application stricte du principe de considération supérieure a conduit la jurisprudence à bien des hypocrisies, notamment lorsque les décisions, sous couvert de protéger le bien-être de l'enfant (critère légal de décision), protègent en réalité l'intérêt d'autres parties, bien souvent un des deux parents de l'enfant <sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> *Re L (A child)(Contact : Domestic Violence)* [2001] Fam, 277.

<sup>2</sup> Voir notamment J. Fortin, *Children Rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis Butterworths 2003, p. 247 à 252 ; J. Herring, « the Human Rights Act and the welfare principle in family law – conflicting or complementary » [1999], p. 226 ; J. Eekelaar, « Beyond the welfare principle », 14 [2002] 3 CFLQ, p. 237.

<sup>3</sup> J. Eekelaar, art. préc., p. 237.

<sup>4</sup> « *The paramountcy principle must be abandoned, and replaced with a framework which recognizes that the child is merely one participant in a process in which the interests of all the participants count* », H. Reece, « the paramountcy principle : consensus or construct ? » 49 (1996) *Current legal problems*, p 303.

<sup>5</sup> « *The claims of the other members of the family and of the community are only relevant to the extent they directly affect the child's welfare* », J. Herring, « the Human Rights Act and the welfare principle in family law – conflicting or complementary » [1999] CFLQ 227.

<sup>6</sup> Voir sur ce point J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. Lexis-Nexis Butterworths 2003, p. 247 ; J. Eekelaar « Beyond the welfare principle », 14 [2002] 3 CFLQ 237. Le professeur Eekelaar renvoie entre autres à l'affaire *Re H (Children)(Residence Order)* [2001] 1 FLR 1052. Dans cette affaire, le déménagement de l'enfant et de son père n'a pas été autorisé. Les juges ont retenu l'effet dévastateur que cela aurait sur la mère, notamment quant à la probabilité d'une rechute dans l'alcoolisme. Cette situation aurait pour effet de l'empêcher d'honorer le paiement de la pension alimentaire, ce qui serait très dommageable pour le bien-être de l'enfant. Nous voyons

Pour le professeur Eekelaar, une des voies possibles afin de rétablir un certain équilibre entre les intérêts en présence, serait d'étendre la solution appliquée dans les procédures où l'enfant n'est concerné que de manière incidente. Dans ces procédures, le principe de considération supérieure ne s'applique pas et le bien-être de l'enfant, bien que pris en compte, n'emporte pas la décision de façon systématique <sup>1</sup>.

**489.** Il est intéressant de noter que cette évolution tendrait à faire se rapprocher l'application du principe de bien-être de l'enfant avec la solution française. Le droit français n'a pas érigé en principe la supériorité de l'intérêt de l'enfant et par conséquent le fait jouer à égalité avec les intérêts des autres parties en présence. La question qui demeure alors en suspens est de savoir comment résoudre le conflit d'intérêts lorsqu'il se présente, comment mettre en balance ces deux intérêts et trouver le juste équilibre dans la protection des intérêts de chacun. Le professeur Eekelaar propose notamment une autre alternative à la mise en œuvre du critère de bien-être de l'enfant dans la procédure. Cette solution consisterait pour le juge à rendre une décision après examen des différents intérêts en présence et après avoir mis en lumière les différents préjudices (*detriments*) que chacune des solutions possibles causerait à l'égard de chacune des autres parties (parent-enfant-tiers). La solution à retenir serait celle qui en causerait le moins à tous <sup>2</sup>. Pour le professeur Eekelaar dans certaines situations, il se peut que le désavantage causé à l'enfant soit le prix qui mérite d'être payé <sup>3</sup>.

## B. La conciliation de l'intérêt ou bien-être de l'enfant avec la mise en œuvre de ses droits

**490.** La protection de l'intérêt de l'enfant et la mise en œuvre de ses droits, sans s'opposer de façon radicale, ne participent pas de la même finalité <sup>4</sup>. Il est

---

clairement ici que le raisonnement qui permet de justifier la solution comme étant la plus protectrice du bien-être de l'enfant est bien tortueux, et que c'est la mère que l'on cherche, à juste titre, à protéger et non l'enfant.

<sup>1</sup> « *In these areas the law simply decides that children's interests must take their place in a world full of interest, must be given due weight, but will not necessarily prevail. Why should we not do this in all cases ?* », J. Eekelaar, art. préc., p. 239.

<sup>2</sup> J. Eekelaar, « Beyond the welfare principle », 14 [2002] 3 CFLQ 248.

<sup>3</sup> « *It may be that the disadvantage to the child is a price worth paying* », *Ibidem*.

<sup>4</sup> « *Droit et intérêt de l'enfant ne sont pas de même nature, ne sont pas interchangeables, même si fréquemment on essaye de leur faire jouer un rôle semblable* », J. Costa-Lascoux, « Histoire de la notion

donc bien aisé d'en faire deux notions inconciliables <sup>1</sup>. Les critères de décisions, intérêt de l'enfant en France et bien-être de l'enfant outre-Manche, sont utilisés comme instrument de protection de l'enfant. Se retrancher derrière ces critères, c'est prendre une décision à la place de l'enfant, en ayant conscience d'avoir fait de son mieux. Donner à l'enfant la possibilité d'exercer les droits qui sont les siens, c'est faire un pari sur l'avenir et lui permettre de faire des choix qui auront, à plus ou moins long terme, des répercussions sur le cours de sa vie. Autoriser l'enfant à prendre des décisions pour lui-même, voire à se tromper, c'est faire de lui un sujet de droit à part entière.

**491.** En **France**, le doyen Carbonnier, en qualifiant l'intérêt de l'enfant de « *concept aliénant* » <sup>2</sup>, avait tout à fait saisi le paradoxe lié à l'utilisation de cette notion comme critère de décision. Le critère de la protection de son intérêt permet d'enfermer l'enfant dans sa situation d'incapable, et ceci d'autant plus qu'il ne participe pas toujours à la détermination de son intérêt. Les décisions qui seront prises sur ce fondement seront le fruit d'un paternalisme revendiqué, et sans limite légale. Par conséquent, ce critère peut tout à fait être utilisé pour légitimer une décision qui sera sans doute une des meilleures pour l'enfant, mais qui néanmoins aura été prise en écartant les pouvoirs qui ont pu être accordés à l'enfant par le droit. Le risque serait de faire de l'intérêt de l'enfant une notion permettant d'écartier la règle de droit, et ceci est tout à fait inacceptable.

**492.** Comme le professeur Lavallée, nous pensons que « *le recours à l'intérêt de l'enfant ne peut servir à contrecarrer une règle applicable* » <sup>3</sup>, en effet, « *l'intérêt de l'enfant est d'abord de bénéficier de la règle de droit lorsqu'il en existe une* » <sup>4</sup>. En droit français, cette position semble acquise en jurisprudence notamment lorsqu'il est question des droits des parents ou des tiers. Il a notamment été, à de nombreuses reprises, affirmé que l'intérêt de l'enfant ne permettait pas de détourner les règles applicables en matière de filiation ou d'état des personnes <sup>5</sup>. La jurisprudence

---

d'intérêt de l'enfant... », *De quel droit ? De l'intérêt... aux droits de l'enfant*, Cahier du CRIV 1988, p. 167.

<sup>1</sup> « *Échangerait droit contre protection ? Est-ce bien ce qu'on voulait ?* » s'interroge le professeur Hauser. J. Hauser, « Des petits hommes ou des petits d'hommes ? », Rapport de synthèse, *L'enfant et les conventions internationales*, PUL 1996, p. 477.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd. Defrénois 1995, p. 89.

<sup>3</sup> C. Lavallée, *Le rôle de la volonté en matière d'adoption en droit français et en droit québécois*. thèse Lyon 3, 2002 p. 255.

<sup>4</sup> J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *J.C.P. G* 1994, I, 3739.

<sup>5</sup> Voir notamment la condamnation solennelle par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

française n'a pas encore été confrontée à des situations où l'intérêt de l'enfant doit être concilié avec l'exercice par lui de ses droits. Néanmoins, à l'instar de la position retenue en faveur des tiers, il semble possible d'affirmer que l'utilisation de la notion d'intérêt de l'enfant ne doit pas permettre de remettre en cause la parcelle d'autonomie que le droit a pu reconnaître à l'enfant dans certaines circonstances.

**493.** Si les juges français ne semblent pas enclins à utiliser le critère de l'intérêt de l'enfant pour remettre en cause la capacité de l'enfant de faire des choix <sup>1</sup>, en **Angleterre**, le paternalisme de certains juges les a conduits dans ce travers. Le critère du bien-être de l'enfant a notamment été utilisé par les juges anglais, afin de vider de sa substance la capacité que la loi avait accordée au mineur de plus de seize ans <sup>2</sup> en matière de consentement médical, et que la jurisprudence étendait à tous les enfants doués de la « maturité Gillick ».

**494.** Dans l'affaire *Re W*<sup>3</sup>, les juges, sur le fondement de la protection du bien-être de l'enfant, ont ordonné le changement d'établissement psychiatrique

---

de la maternité de substitution et du détournement de l'institution de l'adoption qui lui était consécutive Cass. ass. plen. 31 mai 1991, *J.C.P. G* 1991, II, 21752 ; *D.* 1991, jur., p 417 rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *RTDciv.* 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *Deffrénois* 1991, p. 947 obs J. Massip ; *Deffrénois* 1991 p. 1267 obs. J.-L. Aubert ; *D.* 1992 obs. Dekewer-Défossez. Cette jurisprudence a été confirmée depuis, voir notamment Cass. civ. 1<sup>re</sup> 29 juin 1994, *Bull. civ.*, I, n° 226 ; *Petites Affiches*, 22 mars 1995, n° 35, p. 23, note J. Massip ; *D.*, jur., p. 581, note Y. Chartier. Cass. civ. 1<sup>re</sup> 9 décembre 2003, *Bull. civ.*, I, n° 252.

<sup>1</sup> Voir notamment CA Nancy, 3 décembre 1982, *Gaz. Pal.* 1984, 1, 132, note A. Dorsner-Dolivet ; *J.C.P. éd. G.* 1983, II, 20081, note G. Raymond. Le critère de l'intérêt de l'enfant n'est pas un critère d'intervention dans les familles. Il a été à de nombreuses reprises affirmé que le juge ne doit pas imposer sa propre conception de l'intérêt de l'enfant. Dans cette affaire, une jeune fille âgée de quatorze ans, était gravement malade et avait conscience de l'issue fatale de la maladie. Elle avait toujours été suivie médicalement, et subissait un traitement aux effets secondaires très difficiles à vivre pour une jeune adolescente. De concert avec sa mère, la jeune fille a décidé de changer de traitement. Celui-ci bien que sans effets curatifs l'aidait à mieux vivre sa maladie. Le médecin qui suivait habituellement la jeune fille a tenté de s'opposer à cette décision. Il a alors saisi le juge des enfants afin qu'il déclenche une procédure d'assistance éducative. Des mesures d'assistance éducative furent ordonnées. Sur appel de la mère de la jeune fille, la cour d'appel de Nancy décida cependant, qu'il n'appartenait pas au juge des enfants d'intervenir par une mesure d'assistance éducative, dans la mesure où il n'y avait eu en l'espèce aucune carence ou défaillance de la famille. L'enfant ne pouvait donc pas être considérée comme mise en danger par la décision de changer de traitement. Il nous semble que dans une situation identique les juges anglais auraient vraisemblablement placé la jeune fille sous la tutelle du juge (*wardship*) et auraient imposé le traitement médical.

<sup>2</sup> La section 8 du *Family Law reform Act 1969* dispose que « le consentement donné par un mineur qui a atteint l'âge de seize ans à toute opération chirurgicale ou traitement médical ou dentaire, qui en son absence constituerait une atteinte non autorisée sur sa personne, est aussi effectif que s'il avait été donné par un majeur ; et lorsqu'un mineur en vertu de ces dispositions donne un consentement effectif à un traitement il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement de ses parents ou tuteurs » ; « *The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age ; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian* ».

<sup>3</sup> *Re W (A minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1992] 3 WLR 758 ; [1993] fam 64. Il est à noter dans cette affaire que la jeune fille était orpheline depuis l'âge de huit ans et que l'autorité parentale était exercée par les services sociaux de la collectivité territoriale qui avaient pris en charge l'enfant.

d'une jeune fille de seize ans souffrant d'anorexie mentale, afin de la soumettre à un traitement médical beaucoup plus coercitif, et ce, malgré son refus de changer d'institution, qui avait été valablement donné en vertu des termes de la loi <sup>1</sup>. Nous sommes bien ici face à une violation flagrante de la règle de droit. La remise en cause de cette capacité, dans des circonstances similaires, a depuis été confirmée par la jurisprudence anglaise, et s'est étendue *a fortiori* aux mineurs de moins de seize ans disposant de la « maturité Gillick » <sup>2</sup>.

**495.** Certes compréhensible sur le plan humain, cette solution n'en est pas moins une hérésie juridique. La capacité de consentir accordée par la loi implique nécessairement celle de refuser son consentement. Ainsi, s'il refuse de consentir à un traitement médical, le mineur anglais peut, sur le fondement de la protection de son bien-être, se voir privé d'une capacité acquise en vertu de dispositions légales. En interprétant les dispositions relatives au consentement médical donné par un enfant de plus de seize ans de manière tout à fait restrictive, les juges anglais, au nom du bien-être de l'enfant, ont complètement vidé la loi de son contenu. La portée de solution doit cependant être nuancée, dans la mesure où le droit anglais semble limiter cette approche paternaliste revendiquée <sup>3</sup> au domaine médical et aux situations les plus dramatiques <sup>4</sup>.

**496.** Le **droit écossais** semble adopter une solution identique concernant les enfants de moins de seize ans doués de la capacité de comprendre l'enjeu d'un traitement <sup>5</sup>. Pour Monsieur le professeur McK Norrie : « *les questions relatives à la*

---

<sup>1</sup> Pour le détail de cette affaire voir *supra*. Dans cette affaire, les juges ont interprété de manière tortueuse les dispositions légales, en affirmant que si la section 8 du *Family Law Reform Act 1969* donnait à l'enfant de plus de seize ans la pleine capacité pour consentir à un traitement médical (même contre la volonté parentale) en aucun cas cette disposition ne faisait disparaître le pouvoir concurrent des parents, ou de le juge, de consentir, en cas de refus exprimé par le mineur. Par conséquent, l'enfant de plus de seize ans dispose d'une pleine capacité pour consentir à un traitement médical, mais non pour refuser de consentir au traitement.

<sup>2</sup> *Re R (a minor)(wardship : consent to treatment)* [1992] Fam 11.

<sup>3</sup> Pour le professeur Fortin, il est inconcevable qu'une juridiction ayant la charge de protéger l'intérêt de l'enfant n'entreprenne rien face à un adolescent dont l'état de santé requiert un traitement afin d'éviter sa mort ou une incapacité permanente. Voir J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 128.

<sup>4</sup> Lord Balcombe, semble limiter la possibilité de passer outre le refus de consentir exprimé par un mineur de plus de seize ans aux hypothèses où cela pourrait conduire à sa mort ou bien à une incapacité permanente. « *Nevertheless, if the Court's powers are to be meaningful, there must come a point at which the Court while not disregarding the child's wishes, can override them in the child's own best interest objectively considered. Clearly such a point will have come if the child is seeking to refuse treatment in circumstances where will in all probability lead to the death of the child or to severe permanent injury* », *Re W (A Minor) (Medical Treatment : Court's jurisdiction)* [1992] 3 WLR 776.

<sup>5</sup> Voir sur ce point *V v. F* 1991 SCLR 225 (Sh. Ct.). Dans cette affaire l'internement forcé d'une jeune fille de quinze ans, douée de la maturité Gillick, avait été demandé par l'hôpital, en accord avec les parents de la jeune fille, sur le fondement de la section 18 du *Mental Health (Scotland) Act 1984*. Le *Sheriff* a répondu que cette requête était inutile dans la mesure où le consentement des parents à l'internement suffisait pour l'autoriser. Pour Madame Edward, il semblerait que le *Sheriff* soit arrivé à

capacité du mineur, mis à part lorsqu'elles sont modérées par d'autres critères tel que la raison, ne dépendent pas, ni ne doivent être restreintes par la considération du bien-être de l'enfant »<sup>1</sup>. Ainsi, le caractère irraisonnable de la décision du mineur de moins de seize ans semble pouvoir justifier une limite à la capacité dont il dispose. Cette position ne semble toutefois pas pouvoir être étendue aux décisions du mineur de plus de seize ans. Le droit écossais accorde, en effet, une capacité juridique quasi totale au mineur, dès lors qu'il aura atteint cet âge<sup>2</sup>. La doctrine écossaise considère que cette capacité ne peut être remise en cause ni par la volonté des parents, ni par l'intervention du juge, et ce même en matière médicale<sup>3</sup>. Aux yeux de la doctrine écossaise, il semble évident que la capacité donnée au mineur de plus de seize ans de consentir valablement à un traitement médical implique celle de refuser ce traitement<sup>4</sup>.

**497.** En droit écossais, l'articulation entre capacité et protection de l'intérêt de l'enfant semble faite de sorte que cette dernière n'empiète sur de domaine de la première. Cela ne signifie pas que l'enfant sera laissé sans protection. Il semble que des mécanismes de protection spécifiques subsistent, comme en droit français d'ailleurs. Ils seront mis en œuvre *a posteriori* dans un cadre légal strict<sup>5</sup>. Dans le domaine plus spécifique du traitement médical, le mineur écossais de plus de seize ans se trouve ainsi traité comme le serait un adulte, avec les mêmes garanties.

**498.** L'affaire *V v. F*<sup>6</sup>, est un exemple illustrateur de cet état d'esprit. Dans cette espèce, les médecins, en accord avec les parents, souhaitaient obtenir une ordonnance du juge les autorisant à interner une jeune fille de quinze ans atteinte de troubles mentaux, contre son gré. Cette demande a été introduite sur le

---

la conclusion que « bien que la jeune fille soit capable elle n'agissait pas dans le sens de son propre intérêt » ; « *Although she is competent, she is not acting in her own welfare* », L. Edward, « The right to consent and the right to refuse ; more problems with minor and medical consent », *The Juridical Review* 1993, p. 65.

<sup>1</sup> « *Issues of children's capacity, except when qualified by concepts such as reasonableness, do not depend nor are cut down by considerations of the child's welfare* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *Parent and child*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, p. 316.

<sup>2</sup> « *A person of or over the age of 16 years shall have legal capacity to enter into any transaction* », section 1(1)(b) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>3</sup> Voir notamment L. Edward, « The right to consent and the right to refuse ; more problems with minor and medical consent », *The Juridical Review* 1993, p. 66 et p. 72 ; K. McK Norrie « The Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991 », *Journal of the Law Society of Scotland* 36 [1991] 437.

<sup>4</sup> « *L'unique raison de demander aux patients de consentir à un traitement médical est de leur donner la possibilité de le refuser. Le droit de dire oui inclut par conséquent celui de dire non* » ; « *the very, the only point of asking patients to consent to medical treatment is to give them the opportunity to refuse that consent. The right to say yes must therefore carry with it the right to say no* », K. McK Norrie « The Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991 », *Journal of the Law Society of Scotland* 36 [1991] 436.

<sup>5</sup> La rescision pour lésion de droit français et l'annulation pour cause de transaction préjudiciable prévue par le droit écossais (section 3 du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*), participent de la même idée malgré les différences qui existent dans les conditions de leur mise en œuvre.

<sup>6</sup> 1991 SCLR 225 (Sh. Ct.).

fondement de la section 18 du *Mental Health (Scotland) Act 1984*, loi applicable aux patients majeurs, garantissant un contrôle par le juge des internements forcés. À aucun moment les médecins, qui considèrent leur patiente comme compétente, au sens de la loi, pour donner un consentement valable au traitement, n'invoquent le consentement des parents à l'internement pour soutenir leur argumentation. Il est par conséquent tout à fait contestable que le juge dans cette affaire ait déclaré que le seul consentement des parents suffisait pour faire interner la jeune fille, et que la procédure engagée se trouvait par conséquent inutile <sup>1</sup>.

**499.** Pour Mme le professeur Edward, cette différence entre la position du droit anglais et celle du droit écossais s'explique notamment par deux conceptions différentes de la minorité <sup>2</sup>. Derrière l'articulation entre droit de l'enfant et protection de son intérêt, nous trouvons une histoire juridique, une volonté politique de mettre en avant l'un ou l'autre. Si mettre en avant la protection de l'intérêt de l'enfant permet difficilement le plein respect des droits ayant été reconnus à l'enfant, comme nous le montre l'exemple anglais, la mise en avant des droits de l'enfant ne se fait jamais au détriment de sa protection, comme semblent l'illustrer les droits écossais et français. En effet, il est toujours possible d'accorder dans le respect du droit des tiers une protection *a posteriori* au mineur. De même, l'enfant doit pouvoir bénéficier sur sa personne de garanties au moins identiques à celles offertes aux majeurs par les dispositions légales.

---

<sup>1</sup> « *I have concluded, at the end of the day, that at the date of the hearing the order was unnecessary, in hoc statu, and therefore dismissed the application. That decision has been reached because Dr and Mrs [Q], as [F]'s curators, gave their consent at the hearing, during their sworn testimony, to a reasonable restraint on [F] during her treatment and illness. They are capable and caring curators who gave their consent for [F]'s care and well-being* », 1991 SCLR 225 (Sh. Ct.), p. 229.

<sup>2</sup> L. Edward, « The right to consent and the right to refuse ; more problems with minor and medical consent », *The Juridical Review* 1993, p. 69. Pour l'auteur, à la différence du droit anglais, le droit écossais a depuis toujours été plus enclin à reconnaître la capacité grandissante des mineurs, notamment par l'application jusqu'en 1991 du régime, hérité du droit romain, du *tutary* et *curatory*. La capacité du mineur s'articulait en deux phases. Avant douze ans pour les filles et quatorze ans pour les garçons, le mineur était un *pupil*, dont les droits étaient exercés par un *tutor* (généralement ses parents). Après douze ans/quatorze ans et jusqu'à la majorité de l'enfant, la fonction de *tutor* devenait celle de *curator* ; celui-ci (généralement toujours ses parents) ne disposait plus que d'un pouvoir d'assistance du mineur dans la gestion de ses biens, le mineur devenait par ailleurs totalement autonome pour l'accomplissement des actes relatifs à sa personne.

## Section 2. La détermination de l'intérêt de l'enfant concerné par la procédure

**500.** Dans cette section, la notion de représentation ne sera pas entendue dans son sens juridique. La représentation de l'intérêt de l'enfant concerné n'est pas la représentation de l'intérêt de l'enfant partie, cette dernière ne pouvant être comprise autrement que dans son acception juridique liée à la réalisation d'actes de procédure au nom et pour le compte de l'enfant. Dans cette section, la représentation de l'intérêt de l'enfant est cette action visant « *à mettre devant les yeux ou devant l'esprit* »<sup>1</sup> du juge une vision de cet intérêt. C'est une information donnée au juge, un élément devant le conduire à sa décision. C'est d'une vision de l'intérêt de l'enfant, donc d'une représentation de son intérêt donnée au juge, qu'il sera question dans cette section. Cette représentation de l'intérêt de l'enfant peut être rapportée au juge par les parents de l'enfant, dès lors qu'ils sont d'accord sur ce que requiert cet intérêt (§1). Cette représentation peut également être rapportée au juge par une personne spécialement désignée pour ce faire (§2)

### *§ 1. Le jeu de l'accord parental dans la représentation de l'intérêt de l'enfant*

**501.** Dans les systèmes français anglais et écossais, les parents sont les premiers représentants de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est question d'apporter au juge des éléments pertinents lui permettant de rendre sa décision. Les procédures concernant l'enfant, pour lesquelles l'intérêt de l'enfant est un critère légal de décision pour le juge, sont principalement celles qui sont relatives à l'administration légale ou à l'autorité parentale. Dans le cadre de ces procédures, nous pencherons alors plus particulièrement sur le règlement des conséquences de la séparation parentale<sup>2</sup> à l'égard des enfants, et sur le rôle primordial que l'accord parental joue dans le processus décisionnel. Si en droit écossais et en droit français, l'accord parental, très fortement encouragé, reste toujours sous le contrôle

---

<sup>1</sup> Définition du terme « représentation », donnée par *Le petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2005.

<sup>2</sup> Cette notion inclut celle de divorce et de séparation des concubins.

du juge, en droit anglais l'application du *no order principle*<sup>1</sup> a conduit la plus grande partie des juges anglais à s'abstenir de tout contrôle sur la décision des parents dès lors que ces derniers sont parvenus à un accord. L'excès étant en tout nuisible, le contrôle de la conformité de la décision à l'intérêt de l'enfant reste à nos yeux le mécanisme permettant dans ces procédures d'arriver à l'équilibre entre le blanc seing offert aux parents et une justice paternaliste.

#### A. Le contrôle judiciaire de l'accord parental

**502.** De manière générale, la connaissance de l'enfant qu'ont ses parents leur permettra de renseigner le juge lorsque celui-ci sera amené à rendre une décision sur le fondement de l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, en **droit français**, l'intérêt de l'enfant est présumé coïncider la plupart du temps avec celui des parents<sup>2</sup>, ces derniers sont donc les premiers représentants de l'intérêt de l'enfant, les premiers en charge de rapporter au juge ce que requiert cet intérêt. Qui mieux que les parents pourrait *a priori* connaître les besoins de leur enfant, qui plus qu'eux aurait à cœur la protection de son intérêt. En effet, comme l'a fait remarquer le doyen Carbonnier : « *il y a injure gratuite à présumer que des parents en s'occupant de leur enfant, n'ont pas envisagé son intérêt* »<sup>3</sup>. Il semble donc évident que lorsqu'il est question de déterminer l'intérêt de l'enfant, le juge ait fait des parents ses interlocuteurs privilégiés. Ce rôle de rapporteur au juge ne peut être joué pleinement que si les parents sont d'accord sur ce que requiert l'intérêt de l'enfant.

**503.** Ainsi, dès lors que les deux parents, tous deux titulaires de l'autorité parentale et administrateurs légaux, ont pris ensemble une décision relative aux biens ou à la personne de l'enfant, l'intérêt de ce dernier est présumé suffisamment protégé<sup>4</sup>. Le juge n'étant pas saisi, ce type de décision n'est par conséquent pas soumis à son contrôle. Seul un nombre très limité de décisions est soumis *a priori*

---

<sup>1</sup> Principe en vertu duquel aucune décision de justice relative à l'enfant (*court order*) ne doit être rendue, à moins que l'intervention du juge ne soit préférable pour l'enfant. Voir *infra*.

<sup>2</sup> Voir notamment J. Carbonnier, *Droit civil, tome 2 La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. Coll. Thémis, PUF 2002 p. 86.

<sup>3</sup> Note sous TGI Versailles, 24 septembre 1962, D. 1963, p. 54.

<sup>4</sup> Voir notamment les règles d'administration légale pure et simple, qui font de la cogestion par les deux parents un moyen de protection des intérêts de l'enfant. En vertu de l'article 389-2 du Code civil, le juge ne contrôlera la gestion des biens du mineur que dans les hypothèses de décès d'un des parents, de privation pour l'un d'eux de l'exercice de l'autorité parentale ou d'exercice unilatéral de l'autorité parentale.

au contrôle du juge des tutelles<sup>1</sup>. Les parents, ensemble, sont présumés avoir décidé de ce qui protégera le mieux l'intérêt de l'enfant. Cette présomption joue également dans les procédures relatives à l'autorité parentale. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de séparation des parents<sup>2</sup>, l'homologation par le juge d'une convention organisant ses effets à l'égard des enfants, de même que la prise en compte des pratiques ou accords antérieurs<sup>3</sup> dans la détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale, font des parents les premiers vecteurs de l'intérêt de l'enfant dans la procédure.

**504.** Le contrôle judiciaire de la protection de l'intérêt de l'enfant dans les situations de conflit parental, notamment dans le cadre de leur mission d'administrateurs légaux, semble aller de soi<sup>4</sup>. Cependant, la conformité de l'accord parental à l'intérêt de l'enfant n'en est pas moins soumise à contrôle. Un contrôle judiciaire de l'accord parental a été institué dans les situations de crise du couple conjugal. En effet, dans les procédures de séparation, en vertu de l'article 373-2-6 du Code civil, le juge aux affaires familiales « *règle les questions qui lui sont soumises en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* ». Ainsi saisi, le juge contrôle la conformité de l'accord parental à l'intérêt de l'enfant. Le juge ne peut par conséquent homologuer une convention réglant les effets de la séparation des parents<sup>5</sup> s'il apparaît que celle-ci ne protège pas suffisamment les intérêts des enfants mineurs<sup>6</sup>.

**505.** L'étendue du pouvoir de contrôle du juge varie selon que l'accord parental est issu d'une convention soumise à homologation ou bien d'un « *pacte intégré à une décision de justice* »<sup>7</sup>, constitué par la prise en compte par le juge des

---

<sup>1</sup> Voir l'article 389-5 du Code civil, qui soumet à autorisation du juge des tutelles cinq types d'actes : la vente de gré à gré ou l'apport en société d'un immeuble ou d'un fond de commerce appartenant au mineur, l'emprunt contracté au nom du mineur, la renonciation au nom du mineur à l'un de ses droits, le partage amiable dans lequel se trouverait intéressé l'enfant.

<sup>2</sup> Ce terme est ici entendu comme comprenant le divorce, la rupture d'un concubinage ou d'un pacs.

<sup>3</sup> « *Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération 1° la pratique que les parents avaient précédemment suivie où les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure...* », article 373-2-11 1° du Code civil.

<sup>4</sup> En cas de désaccord entre les parents, la nécessité de protéger les intérêts de l'enfant réapparaît dans les textes légaux et l'intervention du juge devient nécessaire à la réalisation de l'acte envisagé. L'article 389-5 al. 2 du Code civil soumet à l'autorisation du juge des tutelles, les actes qui ne sont pas accomplis d'un commun accord entre les parents.

<sup>5</sup> Tant en matière extra-patrimoniale que patrimoniale.

<sup>6</sup> Article 373-2-7 du Code civil, article 1100 du NCPC. Voir également Cass. civ. 2<sup>e</sup> 27 mai 1998 *Bull. civ.*, II, n° 165 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup> 24 février 2000, *Bull. civ.*, II, n° 33, *D.* 2000, IR, 83, *J.C.P. G* 2000, IV, 1633. Dans cette dernière affaire le juge aux affaires familiales de Vannes est sanctionné pour ne pas avoir examiné si la convention « *préservait aussi les intérêts des enfants* ».

<sup>7</sup> A. Chapelle, « Les pactes de famille en matière extrapatrimoniale », *RTDciv.* 1984 p. 435.

accords et pratiques antérieurs <sup>1</sup>. En effet, dans la première hypothèse le juge est totalement soumis à la décision parentale et ne peut l'influencer que par un refus d'homologuer la convention. À défaut de convention, lorsque le juge sera amené à intégrer un pacte dans sa décision, il aura le pouvoir de n'en retenir que certains aspects, voire de le modifier en adéquation avec ce que requiert la protection de l'intérêt de l'enfant dans la procédure <sup>2</sup>.

**506.** Le contrôle judiciaire des conventions ou accords parentaux nous semble tout à fait indispensable. Dans les procédures aussi sensibles et de forte charge émotionnelle que sont les procédures de séparation, « *le représentant légal du mineur est trop impliqué personnellement dans le débat pour avoir de l'intérêt de l'enfant une vue objective et impartiale* » <sup>3</sup>. Sans porter atteinte à la fonction parentale ni remettre en cause leur compétence ou douter de l'amour qu'ils portent à leurs enfants, dans toutes les procédures conflictuelles dans lesquelles l'enfant n'est que concerné, faute pour le droit français de donner une voix autonome à l'intérêt de l'enfant, un contrôle judiciaire sérieux de l'accord parental nous semble plus que jamais nécessaire.

**507.** Dans le règlement des conséquences des conflits conjugaux, la représentation autonome de l'intérêt de l'enfant dans la prise de décision le concernant, ou à défaut le renforcement du contrôle du juge sur les conventions ou accords parentaux, nous semble être l'indispensable contrepartie de la récente institutionnalisation de la médiation familiale <sup>4</sup>. Chaque juge aux affaires familiales, fort de son expérience, peut faire état de l'aberration de certains accords présentés par les parents dans le cadre du règlement des conséquences de leur séparation <sup>5</sup>. Aussi, il nous faut prendre garde que la faveur accordée par le législateur à l'accord parental dans l'organisation des conséquences de la séparation, ne soit pas mise en œuvre au détriment des meilleures garanties accordées à la protection de l'intérêt de l'enfant, ainsi qu'au respect du droit d'expression qui lui a été reconnu dans ces

---

<sup>1</sup> Sur cette distinction voir A. Chapelle, art. préc., p. 411.

<sup>2</sup> A. Chapelle, art. préc., p. 429 et p. 435.

<sup>3</sup> H. Molines, « Protection judiciaire de l'enfant et enquête sociale », *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution du droit et des institutions judiciaires*, Sous la direction de M. Ancel et H. Molines. Paris, A. Pédone 1980, p. 11.

<sup>4</sup> Loi du n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

<sup>5</sup> La difficulté de se procurer des exemples concrets de convention ou d'accords parentaux remis en cause par les juges aux affaires familiales nous nous en remettons à l'expérience de certains magistrats. Voir notamment P. Martaguet, « La protection de l'enfant dans la procédure de divorce » *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution du droit et des institutions judiciaires*, sous la direction de M. Ancel et H. Molines. Paris, A. Pédone 1980, p. 104 note (2) qui présente l'accord suivant : « *cas de parents proposant de prendre chacun la garde juridique de l'un de leurs deux fils et d'intervertir tous les ans dans un soucis d'égalité absolue entre les enfants* ».

procédures <sup>1</sup>. Dans une procédure de séparation, la résolution de l'échec du couple conjugal est légitimement la préoccupation première des parents. Dans le cadre de ces procédures, il nous apparaît donc plus que jamais nécessaire qu'une voix autonome soit donnée à l'intérêt de l'enfant. Si les parents unis par une même vision de l'intérêt de l'enfant restent les meilleurs conseillers du juge dans sa prise de décision concernant l'enfant, cette cohésion semble difficile à réaliser dès lors qu'un conflit conjugal survient. La volonté de survivre en tant que couple parental peut conduire les parents à des égarements qu'il n'appartiendra pas au médiateur de contrôler, et que le juge faute de temps et d'éléments pertinents à sa disposition n'aura pas toujours la possibilité de vérifier.

**508.** Il ne s'agit pas ici de contester l'évident avantage de la recherche d'une solution concertée tant pour l'application effective de la mesure que pour le climat familial dans lequel elle sera exécutée. L'objectif de responsabilisation des parents dans les situations de crises conjugales, qui sous-tend les récentes réformes de l'autorité parentale <sup>2</sup> et du divorce <sup>3</sup> est bien celui à atteindre. Néanmoins, le juge reste en charge de veiller à la protection de l'intérêt de l'enfant et pour ce faire, il a besoin d'aide dans la réalisation de sa mission.

**509.** Cette assistance dans la prise de décision ne semble pas pouvoir lui être fournie de manière efficace par l'enquête sociale, telle qu'elle est, semble-t-il, majoritairement réalisée aujourd'hui. En effet, si ce rôle est bien celui qui lui avait été dévolu à l'origine, il semble convenu que cette dernière a aujourd'hui perdu en pratique son caractère objectif de rapport au juge de l'intérêt de l'enfant <sup>4</sup>. Une appréciation de la situation familiale du point de vue de l'enfant nous semble un guide indispensable pour le juge afin de lui permettre d'exercer un contrôle efficace de l'accord parental, voire, à défaut, afin de lui donner les éléments nécessaires à sa prise de décision.

**510.** Le juge, pour statuer, devrait se voir présenter une vision pertinente du conflit du point de vue de l'enfant ainsi que de la manière dont il est géré par les parents à son égard. C'est cette vision qu'un rapport indépendant de l'intérêt de l'enfant serait en mesure de lui fournir. En toute circonstance, cette faveur pour l'accord parental ne doit pas aller à l'encontre des droits qui ont été reconnus à l'enfant et notamment celui de faire entendre sa voix dans la procédure le

---

<sup>1</sup> Article 388-1 du Code civil.

<sup>2</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>3</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

<sup>4</sup> Voir *infra* n° 547.

concernant <sup>1</sup>. Il nous semble ainsi souhaitable que le contrôle judiciaire de l'accord parental puisse devenir un moyen pour le juge de vérifier que l'enfant a bien été consulté <sup>2</sup>. La désignation d'une personne pour entendre l'enfant et rapporter au juge ses sentiments semble, à défaut pour celui-ci de l'avoir entendu directement, devoir être fortement encouragé même lorsque les dispositions prises à l'égard de l'enfant sont le fruit d'un accord parental. La faveur pour la recherche d'un accord parental a conduit le législateur Outre-Manche, à poser en principe l'absence de contrôle d'un tel accord, au mépris des meilleures garanties accordées à la protection de l'intérêt de l'enfant.

## B. La mise en œuvre du '*no order principle*' : un contrôle judiciaire *a minima*

**511.** Dans les **systèmes anglais et écossais**, la faveur pour l'accord parental dans la prise de décision concernant l'enfant a parfois été poussée à l'extrême. Dans l'ensemble des questions relatives à l'enfant, la loi <sup>3</sup> a consacré l'idée selon laquelle il est préférable pour l'enfant que le juge n'intervienne pas dans l'organisation des conséquences d'une séparation parentale à son égard. Ainsi, le juge ne doit pas rendre d'ordonnance judiciaire concernant l'enfant (*court order*), à moins que ceci ne soit préférable pour ce dernier <sup>4</sup>. Une différence existe néanmoins entre les deux systèmes, le droit anglais a posé cela en principe, le *no order principle*, le droit écossais n'en fait qu'une présomption réfragable, c'est la *no order presumption*, qui revêt un caractère nettement moins absolu quant à son application.

**512.** Il semble, en effet, que le **droit écossais** ait offert à ses juges davantage de souplesse dans l'opportunité de prendre des mesures relatives à l'enfant. Malgré l'existence de cette présomption en défaveur des ordonnances

---

<sup>1</sup> Article 388-1 du Code civil.

<sup>2</sup> En vertu de l'article 371-1 du Code civil, issu de la loi du 4 mars 2002 « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ».

<sup>3</sup> Le *no order principle* et *no order presumption* ont été respectivement posés par la section 1(5) du *Children Act 1989* et la section 11(7)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> Les sections 1(5) du *Children Act 1989* et 11(7)(a) du *Children (Scotland) Act 1995* utilisent quasiment la même formulation, nous choisissons de ne reprendre que la formulation du *Children Act 1989*, dont la loi écossaise postérieure s'est vraisemblablement inspirée pour sa rédaction : « *where a court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to the child, it shall not make the order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all* ».

judiciaires en matière familiale, le *Children (Scotland) Act 1995* invite néanmoins les juges à rendre une ordonnance relative aux droits et devoirs parentaux ou aux biens de l'enfant quand il leur semblera approprié<sup>1</sup>. Le droit anglais est en revanche beaucoup plus impératif, et le *no order principle* constitue bien une interdiction faite aux juges de rendre une ordonnance en dehors des situations où cela contribuerait positivement à la protection du bien-être de l'enfant<sup>2</sup>.

**513.** Il nous faut rappeler ici le contexte ayant présidé à la légalisation de ce principe. En effet, il était apparu en pratique que les demandes d'ordonnances relatives aux enfants dans les situations de séparation ou de divorce ne visaient pas, en majorité, à la consolidation d'un droit existant antérieurement à l'ordonnance (résidence avec l'enfant ou droit de visite), mais avait principalement pour but de priver une autre personne d'un droit potentiel, en conférant par le jeu l'ordonnance, l'exercice exclusif ce droit au demandeur. Pour prendre un exemple concret<sup>3</sup>, après séparation ou divorce, une mère en tant que titulaire de la responsabilité parentale n'a pas besoin d'obtenir une ordonnance lui conférant le droit de garde sur son enfant, puisqu'elle est déjà titulaire de ce droit. Néanmoins, le fait pour elle de faire entériner ce droit par décision de justice, lui permettait d'en être l'unique titulaire et d'exclure toute revendication du père (le père étant un titulaire potentiel de ce droit, dans la mesure où il dispose lui aussi de la responsabilité parentale sur l'enfant). Face à ces dérives, il est apparu sage au législateur de ne pas donner aux parents les moyens juridiques d'arriver à leur fin, en posant en principe que le juge ne rendrait pas les ordonnances demandées sauf si cela s'avérait nécessaire au regard de la protection du bien-être de l'enfant. Il nous apparaît alors de manière paradoxale que c'est davantage par défiance envers les parents que par faveur pour l'accord parental que le *no order principle* a été légalisé.

**514.** Néanmoins, c'est bien la faveur pour l'accord parental que l'on retrouve comme justification de ce principe en droit anglais<sup>4</sup> comme en droit

---

<sup>1</sup> La section 11(2) du *Children (Scotland) Act 1995* dispose : « *the court may make such order under subsection (1) above as it thinks fit.* »

<sup>2</sup> La section 1.11 du guide d'application du *Children Act 1989* est très claire sur ce point : « *The Act prohibits the court from making an order unless it is satisfied that the order will positively contribute to the child's welfare* ». Department of Health publication, *The Children Act 1989 Guidance and Regulation volume 1 Court Orders*, Londres HMSO 1991.

<sup>3</sup> Voir l'exemple développé par A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 10.38, p. 344.

<sup>4</sup> La section 1.12 du *Children Act Guidance and Regulation* fait de ce principe un moyen d'apaisement du conflit et de promotion de l'accord parental. « *this should reduce conflict and promote parental agreement and cooperation* », Department of Health publication, *The Children Act 1989 Guidance*

écossais, et ce, avec la même force. Pour les professeurs McK Norrie et Wilkinson cette présomption est fondée sur l'idée que « *tout accord relatif à l'éducation de l'enfant, auquel les parents seront parvenus, est supposé être meilleur au regard du bien-être de l'enfant que n'importe quelle décision de justice ou accord judiciairement homologué ; cela a également l'avantage d'encourager les parents à former leurs propres arrangements* »<sup>1</sup>. La volonté de responsabiliser les parents sous-tend la mise en œuvre de ce principe. Il appartient par conséquent au demandeur d'une ordonnance relative à l'enfant de rapporter la preuve non seulement que sa demande est fondée, mais également qu'elle est nécessaire au regard du bien-être de l'enfant<sup>2</sup>. À défaut de pouvoir rapporter cette preuve, bien que la demande puisse être fondée au regard des droits parentaux, le juge préférera ne pas rendre d'ordonnance<sup>3</sup>. Il apparaît néanmoins que poussée à l'extrême, l'application de ce principe notamment par les juges anglais a trouvé ses limites.

**515.** À l'épreuve de la pratique, le *no order principle* s'est révélé être source de bien des difficultés. Ainsi, en **Angleterre**, un certain nombre de praticiens et une partie de la doctrine se sont élevés contre une application stricte de ce principe par les juges<sup>4</sup>. En effet, les enquêtes portant sur la mise en œuvre de ce principe par les juridictions<sup>5</sup> ont pu mettre en évidence qu'en application de ce principe, les parents en conflit sont très fréquemment soumis par les juges à l'obligation de parvenir à un accord. Les accords auxquels les parents parviennent sont ainsi bien

---

*and Regulation volume 1 Court Orders*, Londres HMSO 1991. C'est la formule type que l'on retrouve dans bon nombre de manuels, voir notamment *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 para. 445, p. 218.

<sup>1</sup> « *This is based on the supposition that the arrangements that parents make for the upbringing of their children are likely to be better (from the point of view of the child's welfare) than any arrangement that the court is able to make, or any arrangement backed up with the legal formality of an enforceable order ; it has also the advantage of encouraging parents to make their own suitable arrangements* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 10.39, p. 345.

<sup>2</sup> Voir notamment l'affaire *Sanderson v. McManus*, 1997 SLT 629 ; 1997 SCLR 281, pour Lord Hope of Craighead, « *As it is told that it 'shall not' make any order relating to parental rights unless it is satisfied that 'to do so' will be in the best interests of the child, the onus is on the party who seeks such an order to show on balance of probabilities that the welfare of the child requires that the order be made in the child's best interests* ». Voir également *Porchetta v. Porchetta* 1986 SLT 105 ; *Montgomery v Lockwood* 1987 SCLR 525 ; *Russell v. Russell* 1991 SCLR 429.

<sup>3</sup> *Sanderson v. McManus*, 1997 SLT 629 ; 1997 SCLR 281, pour Lord Hope of Craighead, « *The court must however, be able to conclude that it would be in the child's best interests that the order should be made. If it is unable to come to that view, the proper course for it to take is to make no order* ».

<sup>4</sup> Voir notamment S. Phillimore et A. Drane, « No more of the no order principle », [1999] Fam. Law, 40 ; G. Davis et J. Pearce, « A view from the trenches – Practice and procedure in Section 8 application » [1999] Fam. Law, 457 ; R. Bailey-Harris, J. Barron et J. Pearce, « Settlement culture and the use of the 'no order principle' under the Children Act 1989 », [1999] CFLQ, 53.

<sup>5</sup> Voir notamment G. Davis et J. Pearce, art. préc., p. 457.

souvent obtenus à l'usure, ce qui a pour effet principal un allongement conséquent des procédures.

**516.** Pour certains auteurs, cette utilisation du *no order principle* par les juges entre par conséquent directement en conflit avec le deuxième principe fondamental gouvernant les procédures familiales : le principe de célérité (*no delay principle*)<sup>1</sup>. L'allongement de la procédure est une conséquence inévitable de la recherche de l'accord parental à tout prix.

**517.** Lorsque les parents en conflit s'en remettent au juge c'est aussi parce qu'ils n'ont pas confiance dans leur capacité à trouver un arrangement dans un futur proche. La manière dont le *Children Act 1989* présente le *no order principle* et le *no delay principle* laisse néanmoins penser que le législateur a entendu donner la même force à ces deux principes<sup>2</sup>. Leur mise en œuvre se révèle néanmoins inconciliable en pratique et il semble que les juges aient choisi de résoudre ce dilemme en faveur du *no order principle*. C'est cette faveur qui est vigoureusement contestée à l'heure actuelle, et pour certains avocats : « *l'adhésion minutieuse à ce principe s'est non seulement révélée être naïve et inefficace, mais a également conduit à des effets indéniablement dommageables* »<sup>3</sup>.

**518.** L'accord parental ainsi obtenu est également soumis à la critique. Ce dernier se révèle, dans les faits, être davantage le fruit d'une guerre d'usure, voire de négociations musclées, au cours desquelles les défenseurs respectifs des parties auront un rôle primordial à jouer, que d'une volonté affirmée des parents de faire prévaloir le bien-être de leur enfant. Dans ces circonstances, avec certains auteurs, nous ne pouvons que nous interroger sur le genre d'accord auquel il est possible d'arriver par de telles pratiques<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir notamment R. Bailey-Harris, J. Barron et J. Pearce, « Settlement culture and the use of the 'no order principle' under the Children Act 1989 », [1999] CFLQ, p. 56, « *la poursuite d'un but inaccessible peut différer la conclusion de l'affaire, et ainsi contrevenir au principe posé par la section 1(2) du Children Act 1989 en vertu duquel tout délai est présumé être préjudiciable à l'intérêt de l'enfant* » ; « *The pursuit of an unattainable goal may defer the ultimate conclusion of the case, thus offending against the principle (expressed in section 1(2) of the Act) that delay is assumed to be detrimental to the child's interest* ».

<sup>2</sup> Le *welfare principle*, le *no order principle* et le *no delay principle* sont présentés comme étant les trois principes gouvernant l'application du *Children Act 1989*. Un seul de ces principes a été favorisé par le législateur, celui du bien-être de l'enfant qui doit se voir accordé la considération supérieure. Les deux autres principes sont par conséquent placés sur un pied d'égalité.

<sup>3</sup> « *Close adherence to the principle has proved not only naive and ineffective but has had positively harmful effects. In a number of cases such adherence has served only to frustrate the best interest of the child by wasting time* », S. Phillimore et A. Drane, « No more of the no order principle », [1999] Fam. Law. 40.

<sup>4</sup> G. Davis et J. Pearce, « A view from the trenches – Practice and procedure in Section 8 application » [1999] Fam Law 460.

**519.** Ce sentiment d'insatisfaction se trouve renforcé par l'absence d'obligation légale pour le juge de contrôler l'accord parental ainsi obtenu<sup>1</sup>. S'il apparaît que certains juges exercent néanmoins ce contrôle en pratique<sup>2</sup>, il semblerait qu'aux yeux de la majorité d'entre eux tout accord parental soit, au regard de l'intérêt de l'enfant, préférable à une décision de justice. Cette position nous semble contestable, surtout dans le cadre de procédures aussi passionnées que celles qui accompagnent la fin d'un couple. Le fait qu'il puisse être plus facile à un parent de se soumettre à la décision d'un juge que de faire des concessions à son ex-époux ou concubin est un aspect des choses que les juges anglais semblent peu enclins à prendre en considération<sup>3</sup>. Nous pouvons noter que cette position en faveur d'une application sans partage du *no order principle* est contraire aux principes posés en la matière par la Commission de Droit Européen de la Famille<sup>4</sup>.

**520.** La volonté de ne pas intervenir dans l'accord parental peut aller jusqu'au refus par le juge de donner un aval judiciaire aux conventions qui lui sont librement présentées par les parents pour homologation. Dans bien des situations, l'homologation judiciaire de l'accord parental offre aux parents une relative sécurité quant à la mise en œuvre de cet accord et garantit dans une certaine mesure son respect par l'autre partie. Refuser de donner à l'accord parental la force obligatoire liée à l'homologation, nous semble totalement irrespectueux de la confiance que le justiciable a placée dans l'office du juge.

**521.** Ceci sans compter que l'absence flagrante de contrôle judiciaire sur cet accord, par refus d'en prendre connaissance, nous semble aller directement à

---

<sup>1</sup> Voir J. Pousson-Petit, « Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe », *RIDC* 4-1992, p. 812. Voir également R. Bailey-Harris, J. Barron et J. Pearce, « Settlement culture and the use of the 'no order principle' under the Children Act 1989 », [1999] *CFLQ*, 55. Les auteurs renvoient aux propos de certains *district judges* qui reconnaissaient n'avoir qu'un rôle « *passif et insignifiant* » dans la procédure, quand d'autres affirmaient que « *le juge accepterait tout arrangement auquel les parents auraient pu parvenir* » ; « *he [juge] was sure the court would go along with any agreement they [parents] could reach* ».

<sup>2</sup> Voir R. Bailey-Harris, J. Barron et J. Pearce, art. préc., p. 55. Les pratiques semblent différer d'un juge à l'autre et les auteurs dans le cadre de leur enquête font référence à la pratique d'un *district judge* qui dès lors que les parents étaient en conflit souhaitait contrôler tous les accords qu'ils présenteraient ; « *another district judge said she wanted to oversee any agreement that one set of disputing parents might make, as they might assent to 'something I don't approve of'* ».

<sup>3</sup> « *There is, moreover, very little understanding by courts of the fact that it may be easier for a parent to accept the judgement of a stranger (the judge) than to concede 'points' to one's ex-partner* », Bailey-Harris, J. Barron et J. Pearce, art. préc., p. 55.

<sup>4</sup> Le principe 1:10 (1) relatif aux décisions sur les conséquences du divorce dispose *in fine* : « *Tout accord recevable des époux sera pris en compte dans la mesure où il est conforme à l'intérêt de l'enfant* », K. Boele-Woelki et al, *Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Anvers Oxford 2004. L'examen de la conformité de l'accord à l'intérêt de l'enfant impose ainsi au juge de contrôler systématiquement l'accord parental portant sur les conséquences du divorce relatives aux enfants. Voir sur ce point F. Ferrand, « Les principes de droit du divorce établis par la Commission de Droit Européen de la famille (CEFL) », *Revue Lamy Droit Civil* 2006.

l'encontre de la protection du bien-être de l'enfant. Ainsi, en droit anglais dès lors que les parents sont parvenus à un accord, celui-ci est valable et doit s'appliquer tel qu'il a été prévu sans que la justice n'ait à intervenir. Dans ces circonstances, l'application du *no order principle* nous apparaît en contradiction avec le principe de supériorité du bien-être de l'enfant dans la procédure (*paramountcy principle*). Ceci est le cas chaque fois qu'au nom du respect d'un accord, bien souvent prétendu, les juges seront prêts à laisser de côté la protection, que le droit leur impose pourtant de garantir, du bien-être de l'enfant.

**522.** À ceci vient s'ajouter le fait que les droits qui ont été reconnus à l'enfant dans les procédures le concernant, notamment celui de voir ses souhaits et sentiments pris en considération <sup>1</sup>, se trouvent, dans ces circonstances, totalement soumis au bon vouloir parental <sup>2</sup>, alors que leur respect s'impose au juge. La promotion de l'accord parental ne peut se réaliser au détriment de la garantie de la conformité de la décision à l'intérêt et aux droits de l'enfant. Cette garantie ne peut être assurée que par un contrôle judiciaire effectif de l'accord parental, ce qui nécessite en droit anglais, une intervention du législateur en ce sens.

**523.** L'application pratique de la *no order presumption* en **droit écossais** semble s'être réalisée avec davantage de sagesse. En effet, le principe d'un contrôle judiciaire de l'accord parental semble avoir été accepté par la doctrine écossaise <sup>3</sup>. De manière assez surprenante, l'existence de ce contrôle judiciaire semble avoir été inférée de l'affaire anglaise *S. v E. (a minor) (Contact)* <sup>4</sup>, qui a sanctionné le refus par le juge de rendre une ordonnance instituant un droit de visite en faveur du père, sur le principe duquel les parents étaient tombés d'accord <sup>5</sup>. Pour la doctrine écossaise, l'opportunité donnée aux juges par la loi <sup>6</sup>, de rendre une ordonnance quand ils le jugeront nécessaire, leur permet par conséquent d'intervenir dans les situations où l'accord qui leur sera présenté par les parents ne leur semblera pas

---

<sup>1</sup> Section 1(3)(a) du *Children Act 1989*.

<sup>2</sup> A. Bainham, « The Children Act 1989. Welfare and non-interventionism » [1990] fam law, p. 145. L'auteur insiste sur l'absence de dispositions légales visant à garantir la prise en compte par les parents des souhaits et sentiments de l'enfant, « *This deference to parental preferences is reinforced by the absence of any requirement in the legislation that parent should ascertain and take into account the views of the child in reaching their agreements* ».

<sup>3</sup> Voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 10. 39, p. 345.

<sup>4</sup> [1993] Fam Law 407.

<sup>5</sup> Cette affaire nous semble néanmoins isolée du courant majoritaire et certainement justifiée par les conséquences assez dramatiques que ce refus d'homologation a produit. Le père et l'enfant semblent être restés plus de vingt mois sans se voir en raison du non-respect de l'accord par la mère.

<sup>6</sup> Section 11(2) du *Children (Scotland) Act 1995*.

approprié<sup>1</sup>. Ainsi, comme le font très justement remarquer les professeurs Wilkinson et McK Norrie, le fait que les parents soient parvenus à un accord relatif à l'enfant n'empêche pas le juge de rendre une ordonnance. Le bien-être de l'enfant est la considération supérieure, non la faveur pour l'accord parental<sup>2</sup>.

**524.** Le droit écossais a également institué un contrôle indirect de l'accord parental dans les procédures familiales non-contentieuses et notamment celles qui sont relatives à la séparation des parents. En effet, dans le cadre de ces procédures<sup>3</sup>, il est prévu que les attestations (*evidence*) relatives au bien-être de l'enfant, doivent être rapportées par *affidavit*<sup>4</sup>, dont un, au moins, est présenté par une personne autre que les parents ou les parties<sup>5</sup>. Dans les procédures non-contentieuses l'absence de comparution des parties se trouve compensée par la force légale attachée à l'*affidavit*<sup>6</sup>. Les éléments de preuve quant au bien-être de l'enfant, présentés par les parents dans leur *affidavit*, devront être soutenus par l'*affidavit* présenté par le tiers. Ceci implique qu'un tiers corrobore la vision parentale du bien-être de l'enfant. Il n'existe aucune restriction quant au choix du témoin par les parents, celui-ci sera donc vraisemblablement choisi dans leur entourage. Le tiers engage sa responsabilité au pénal par le serment, ce qui l'obligera dans une certaine mesure à contrôler le respect du bien-être de l'enfant. Néanmoins, l'efficacité de ce contrôle extra-judiciaire du bien-être de l'enfant par un tiers nous semble cependant devoir rester limitée en pratique ; le juge restant à nos yeux le seul garant objectif de l'intérêt de l'enfant dans la procédure.

---

<sup>1</sup> « *If the arrangements they [parent] propose are not suitable, or in any other circumstances in which the court considers it would be better for the child to make an order, then the court is free to make such an order as it think fit* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 10.39, p. 345.

<sup>2</sup> « *The fact that parents have agreed as to the upbringing of their child after their separation does not in itself mean that no order should be made. The welfare of the child rather than encouraging parental agreement is the paramount consideration* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, p. 345 note 92.

<sup>3</sup> Règle 49.28(3) de l'*Act of Sederunt (Rules of the Court of Session 1994) SI 1994 n° 1443*.

<sup>4</sup> L'*affidavit* est un écrit déposé sous serment. Le serment place celui qui le prête, par écrit ou par oral, sous le coup de sanctions pénales en cas de fausse déclaration. Voir la définition du serment (*oath*) donnée par le *Black's law dictionary*. Il semble néanmoins que les sanctions du mensonge dans un *affidavit* ne soient pas celles attachées au parjure. La force légale de l'*affidavit* semble, dans le cadre des procédures familiales non-contentieuses, pouvoir être valablement comparée à celle qui accompagne la déclaration sur l'honneur en droit français.

<sup>5</sup> « *Unless the court otherwise directs, evidence relating to the welfare of a child shall be given by affidavit, at least one affidavit being sworn by a person other than a parent or a party to the action* », règle 49.28(3) de l'*Act of Sederunt (Rules of the Court of Session 1994) SI 1994 n° 1443*.

<sup>6</sup> Dans le cadre des procédures non-contentieuses, par soucis d'économie, la comparution des parties et des témoins devant le juge a été remplacée par la présentation d'attestations écrites sous serment (*affidavits*) valant preuve des déclarations faites au juge. Cette réforme de la procédure a été introduite en droit écossais en 1978 par l'*Act of Sederunt (Rules of Court Amendment n°1)(Consistorial Causes) 1978*. Sur l'évolution de la procédure civile dans les affaires familiales voir notamment E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 13.76 et s., pp. 588 et s.

**525.** L'absence de contrôle judiciaire et de garantie donnée à la protection du bien-être de l'enfant dans les procédures non-contentieuses s'oppose au déploiement de précautions et de moyens qui sont mis en œuvre dès lors que la phase judiciaire est engagée. En effet, à défaut d'accord parental, lorsque le juge sera amené à rendre une ordonnance relative à l'enfant, à la différence du système français, les **droits anglais et écossais** ont pour une grande part fonctionnalisé la mission de rapporteur au juge du bien-être de l'enfant. En effet, en Angleterre, le juge peut demander que lui soit présenté un rapport sur ce que requiert le bien-être de l'enfant <sup>1</sup>, et, dans ce cadre, il devra désigner un membre du CAFCASS (*children and family reporter*) ou un travailleur social employé par la collectivité locale (*welfare officer* désigné par la *local authority*), qui sera spécialement chargé de lui présenter ce rapport. Dans un nombre plus limité de procédures cette même fonction est assurée en Écosse par un *curator ad litem*.

## §2. *L'intervention d'un tiers dans la détermination de l'intérêt de l'enfant*

**526.** La mission générale de représentation de l'intérêt de l'enfant peut être envisagée de deux manières, soit il s'agira de la réalisation d'un rapport fait au juge afin de lui présenter une vision de ce que requiert l'intérêt de l'enfant dans la procédure (A), soit il s'agira de donner à l'intérêt de l'enfant représentation juridique autonome dans la procédure, en désignant à l'enfant un représentant *ad hoc* en charge de défendre les intérêts de ce dernier dans la procédure (B)

### A. Le rapport fait au juge sur l'intérêt de l'enfant

**527.** Le rapport au juge de l'intérêt de l'enfant permet de donner au juge une représentation objective de ce que requiert l'intérêt de l'enfant dans la procédure. Il s'agira alors pour le rapporteur de donner des éléments pertinents au

---

<sup>1</sup> Section 7(1)(a) du *Children Act 1989*. Ce n'est cependant pas une obligation légale, le juge peut se passer d'un rapport, voire, en vertu du principe de célérité (*no delay principle*), si sa rédaction complète traîne en longueur n'en utiliser qu'une partie pour statuer. Sur ce point, voir *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, para. 458, p. 232.

juge. Cette mission est confiée de manière générale au *children and family reporter* dans le système anglais (1) et à l'enquêteur social en droit français (2). Il apparaît que si la mission de l'enquêteur social s'est, en pratique, éloignée du cadre strict du rapport sur l'intérêt de l'enfant, le rôle du *children and family reporter* est quant à lui uniquement organisé autour de cette seule mission.

### 1. Le *children and family reporter* en droit anglais

**528.** En l'an 2000, le **droit anglais** a créé le CAF/CASS<sup>1</sup> afin de regrouper au sein d'une même organisation les différentes fonctions liées à l'accompagnement et à la représentation du mineur en justice<sup>2</sup>. Pour l'aider dans sa tâche de détermination du bien-être de l'enfant, la loi prévoit la possibilité pour le juge de désigner un *children and Family Reporter*<sup>3</sup>, ou de faire désigner par la collectivité territoriale (*local authority*) un *welfare officer*<sup>4</sup> ou toute autre personne qu'elle estimera qualifiée<sup>5</sup>, pour réaliser un *welfare report*. La finalité du *welfare report* sera en premier lieu de présenter au juge les éléments factuels, relatifs notamment à la situation familiale, aux rapports de l'enfant avec ses parents<sup>6</sup>. Par certains aspects le *welfare report* se rapproche de l'enquête sociale française. Dans le cadre de ce rapport, le *children and family reporter* aura également la charge de faire des recommandations au juge sur ce que requiert le bien-être de l'enfant dans la procédure en cours<sup>7</sup>.

**529.** En vertu de la section 7 du *Children Act 1989*, il est interdit au juge d'ordonner la rédaction de plusieurs rapports à différents rapporteurs. En effet, le principe de célérité (*no delay principle*) impose de traiter les affaires avec toute la célérité possible, ainsi le juge devra choisir entre le *children and family reporter* et le *welfare officer*, pour la rédaction du *welfare report*, afin d'éviter tout ce qui pourrait ralentir la procédure. Il semble toutefois, que les *children and Family Reporters*

---

<sup>1</sup> *Criminal Justice and Court Service Act 2000*.

<sup>2</sup> Représentation du mineur en justice, rapport au juge de l'intérêt (*welfare*) de l'enfant et rapport au juge des souhaits et sentiments exprimés par l'enfant.

<sup>3</sup> Dépendant du CAF/CASS ; section 7(1)(a) du *Children Act 1989*.

<sup>4</sup> Dépendant des collectivités locales ; section 7(1)(b)(i) du *Children Act 1989*.

<sup>5</sup> Section 7(1)(b)(ii) du *Children Act 1989*.

<sup>6</sup> *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 para. 458 p. 231.

<sup>7</sup> Nous avons vu précédemment que le *children and family reporter* avait également un rôle à jouer dans le rapport au juge des souhaits et sentiments du mineur. Voir *supra*.

étant davantage familiers des procédures judiciaires, la désignation des *welfare officers* se trouve limitée aux rapports de purs faits, ne contenant pas de recommandations faites au juge <sup>1</sup>.

**530.** La désignation d'un *children and family reporter* n'est qu'une faculté laissée au juge. Il peut en effet se dispenser du *welfare report* dans sa prise de décision <sup>2</sup>. Il semble en effet, que les délais de production au juge de ces rapports soient relativement longs, entre trois et six mois pour 39% d'entre eux <sup>3</sup>, ce qui décourage les juges d'en ordonner la réalisation. En effet, les *welfare reports* ne seraient ordonnés que dans 49 % des procédures familiales <sup>4</sup>. Lorsqu'ils sont ordonnés, ils le sont pour 29 % des cas, dans des procédures relatives à la résidence de l'enfant (*residence order*) et pour les 71 % restant dans les procédures relatives à l'obtention ou à l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement (*contact order*) <sup>5</sup>.

**531.** Certaines critiques ont pu être émises sur la manière dont les *children and family reporters* et les *welfare officers* remplissaient leur fonction de rapport au juge des souhaits et sentiments du mineur <sup>6</sup>, néanmoins, la qualité de leurs rapports et de leurs recommandations sur ce que requiert le bien-être (*welfare*) de l'enfant n'a jamais été remise en cause. En effet, le droit anglais a fait en sorte que le *children and family reporter* puisse se consacrer exclusivement à sa tâche de rapporteur de l'intérêt de l'enfant en justice. Ainsi, dès lors que ses compétences sont utilisées à d'autres fins que celle du rapport au juge de l'intérêt de l'enfant, par exemple à la mise en œuvre d'une médiation entre les parties <sup>7</sup>, celui-ci ne pourra plus être l'auteur du *welfare report* dans la même procédure <sup>8</sup>. C'est un avantage

---

<sup>1</sup> Sur le rôle dévolu aux travailleurs sociaux *Re W (Welfare Reports)* [1995] 2 FLR 142, voir p. 146 « *Their knowledge of the court process may be much more limited and frequently their role will be confined to fact finding reports, and will not involve the making of any recommendations at all* ».

<sup>2</sup> La section 7(1) du *Children Act 1989* dispose : « *the court considering any question with respect to a child under this Act may ...* », ce dernier terme prive les dispositions qui suivent de tout caractère obligatoire.

<sup>3</sup> Voir sur ce point J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 215 note 151, renvoyant à l'article de R. Bailey-Harris, R. Barron et J. Pearce, « Settlement culture and the use of 'no order' principle under the Children Act 1989 » (1999) 11 CFLQ, 58.

<sup>4</sup> Voir sur ce point J. Fortin, *op. cit.*, p. 215 note 151, renvoyant à l'article de R. Bailey-Harris, R. Barron et J. Pearce, « Settlement culture and the use of 'no order' principle under the Children Act 1989 » (1999) 11 CFLQ, 58.

<sup>5</sup> Statistiques présentée dans le rapport du CAF/CASS pour l'année 2001/2002. Site internet : [www.cafacass.gov.uk](http://www.cafacass.gov.uk). Rapport disponible en ligne dans sa version intégrale.

<sup>6</sup> Voir *supra* n° 422.

<sup>7</sup> Comme par exemple mener un travail de médiation auprès de la famille, qui est l'une des compétences des membres du CAF/CASS. Voir notamment sur ce point S. M. Cretney, J. Masson et R. Bailey-Harris, *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2003, para. 19-007, p. 579.

<sup>8</sup> Voir notamment *Re H (conciliation : Welfare Reports)* [1996] 1 FLR 476, [1986] Fam Law 193.

indéniable de la procédure anglaise sur ce point. À chacun son rôle, il faut redouter que la multiplicité des casquettes sur une seule tête ne se fasse au détriment des meilleures garanties accordées à l'enfant dans la procédure.

**532.** Dans l'exercice de sa mission de rapport de l'intérêt de l'enfant au juge, le *children and family reporter* dispose d'un rôle clef au regard de la place accordée à l'enfant dans la procédure. En effet, il lui appartient de faire des recommandations au juge sur l'opportunité de faire de l'enfant une partie à la procédure le concernant (a). Il est par ailleurs soumis à l'obligation légale d'informer le mineur du contenu du *welfare report* (b).

a. l'octroi du statut de partie à l'enfant sur recommandation du children and family reporter

**533.** En **droit anglais**, en vertu de la section 11B(5) du *Family Proceedings Courts (Children Act 1989) Rules 1991* : « le children and family reporter doit examiner s'il est de l'intérêt de l'enfant, que celui-ci devienne partie à la procédure »<sup>1</sup>. S'il estime qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'obtenir le statut de partie, il doit en informer le juge<sup>2</sup>. Ici c'est de l'intérêt de l'enfant au sens large dont il est question, *interest*, et non du bien-être plus immédiat de l'enfant, *welfare*. Le juge dispose sur ce point du pouvoir de décision ultime, il n'est pas tenu de suivre les recommandations faites dans le *welfare report*<sup>3</sup>.

**534.** La possibilité de donner à l'enfant le statut de partie dans les procédures familiales (*private law proceedings*), procédures dans lesquelles il n'est initialement que concerné est une disposition innovante du droit anglais. Cela revient à reconnaître à l'enfant la faculté dont dispose tout autre tiers d'intervenir afin de défendre son intérêt mis en cause dans la procédure. Cette possibilité de donner à l'enfant le statut de partie (*joinder of the child as a party*) dans une procédure le concernant n'est cependant pas nouvelle en droit anglais. En effet,

---

<sup>1</sup> « *The children and family reporter shall consider whether it is in the best interests of the child to be made a party to the proceedings* », section 11B(5) du *SI 1991/1395* (amendé par le *SI 2001/818*), et section 4.11B(5) du *SI 1991/1247* (amendé par le *SI 2001/821*). Cet examen s'impose également aux *welfare officers* en vertu de la section 4.13(3A) de ce même texte.

<sup>2</sup> Section 11B(6) *SI 1991/1395* (amendé par le *SI 2001/818*); section 411B(6), *SI 1991/1247* (amendé par le *SI 2001/821*)

<sup>3</sup> *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, para. 458, p. 232.

cette possibilité existait déjà en vertu du *Matrimonial Causes Rules 1977*<sup>1</sup>, qui a été repris et complété par le *Family Proceedings Rules 1991*<sup>2</sup>.

**535.** Si l'intérêt de l'enfant le requiert, le juge peut de sa propre initiative donner le statut de partie à la procédure à l'enfant et désigner une personne qui aura la charge de représenter son intérêt en justice (*separate representation*). Il apparaît néanmoins que cette décision reste très exceptionnelle<sup>3</sup>. En effet, les guides d'application (*practice direction*)<sup>4</sup> qui ont été établis sur cette question conseillent de n'utiliser cette faculté qu'avec la plus grande parcimonie et insistent sur son caractère exceptionnel. Il est notamment affirmé que « *dans la plupart des cas l'intérêt de l'enfant sera suffisamment protégé par la réalisation d'un welfare report* »<sup>5</sup>. Cette faculté de donner le statut de partie à l'enfant dans une procédure le concernant doit se limiter « *aux affaires soulevant une question d'une particulière difficulté* »<sup>6</sup>, toute autre alternative devant être favorisée avant de recourir à cette solution, notamment en requérant la réalisation d'investigations plus poussées par un travailleur social voire un expert<sup>7</sup>.

**536.** Contre toute attente, cette faculté de donner à l'enfant le statut de partie à la procédure a été mise en œuvre au profit d'enfants très jeunes ne

---

<sup>1</sup> Règle 115 du *Matrimonial Causes Rules 1977*. Voir *L. v L. (minors) (separate representation)* [1994] 1 FLR 156 ; [1994] fam law 432 ; [1994] 1 FCR 890, jugement de Butler-Sloss LJ.

<sup>2</sup> « *Without prejudice to rules 2.57 and 9.2A, if in any family proceedings it appears to the court that it is in the best interest of any child to be made a party to the proceedings, the court may appoint*

(a) *an officer of the service ;*

(b) *(if he consents) the Official Solicitor or*

(c) *(if he consents) some other proper person,*

*to be the guardian ad litem of the child with authority to take part in the proceedings on the child's behalf* », section 9.5(1) du SI 1991/1247.

<sup>3</sup> La jurisprudence reste peu abondante sur ce thème, voir notamment *In re S (a minor) (independent representation)* [1993] fam 263 ; [1993] 2 FLR 437 ; [1993] 2 WLR 801 ; [1993] 3 All ER 36 CA. *L. v L. (minors) (separate representation)* [1994] 1 FLR 156 ; [1994] Fam Law 432 ; [1994] 1 FCR 890. *Re A (contact : separate representation)* [2001] 1 FLR 715 ; [2001] Fam Law 350.

<sup>4</sup> Ces lignes directrices sont établies par des magistrats des juridictions supérieures. Les dernières en date sur ce point *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, publiées en avril 2004, ont été établies par Lady Butler-Sloss, présidente de la Chambre de la famille à la Chambre des Lords (*House of Lords*) la juridiction supérieure anglaise.

<sup>5</sup> « *In most cases the child's interest will be sufficiently protected by a welfare report* », *Practice direction (child : joinder as a party)* [1982] 1 WLR 118.

<sup>6</sup> « *Making a child a party to the proceedings is a step that will be taken only in cases which involve an issue of significant difficulty...* », section 2 du *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] Fam Law 459. L'intégralité de ces lignes directrices est disponible en ligne : [www.courtsservice.gov.uk/cms/11032.htm](http://www.courtsservice.gov.uk/cms/11032.htm)

<sup>7</sup> « *Before taking the decision to make the child a party, consideration should be given to whether an alternative route might be preferable, such as asking an officer of the CAFCASS to carry out further work or by making a referral to social services or possibly, by obtaining expert evidence* », Section 2 du *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] fam law 459. L'intégralité de ces lignes directrices est disponible en ligne : [www.courtsservice.gov.uk/cms/11032.htm](http://www.courtsservice.gov.uk/cms/11032.htm)

disposant vraisemblablement pas pour certains de la capacité de discernement <sup>1</sup>. Il est tout à fait surprenant de constater que cette faculté ne s'exerce pas seulement en faveur des enfants les plus âgés. En effet, le but premier de l'intervention dans une procédure est de faire valoir un intérêt devant le juge, nous ne pouvons que nous interroger sur la réalité de telles revendications chez un enfant en bas âge.

**537.** Cette possibilité pour un très jeune enfant de devenir partie à la procédure ne semble pas marginale et risque à l'avenir de se développer au vu des recommandations faites par le dernier *practice direction*. En effet, il est donné comme exemple de situations dans lesquelles l'octroi du statut de partie à l'enfant serait approprié, notamment celles pour lesquelles « *les souhaits et opinions de l'enfant ne pourraient être établis de manière appropriée par un rapport fait au juge* » <sup>2</sup>. Il nous semble que cette disposition pourrait s'interpréter comme s'appliquant aux très jeunes enfants, qui ne peuvent pas toujours formuler verbalement un avis, et dont il est difficile pour une personne non experte de s'assurer de leurs souhaits et sentiments.

**538.** Nous ne devons pas négliger le fait que donner à une personne le statut de partie à la procédure puisse avoir un intérêt pédagogique. Nous rejoignons ici un auteur dans sa critique <sup>3</sup>. En effet, l'intervention dans la procédure d'un enfant qui ne dispose pas de la capacité de discernement lui permettant de formuler un avis propre n'a que peu d'intérêt. Donner le statut de partie à un enfant dans une procédure le concernant <sup>4</sup> ne doit être que l'ultime étape lui permettant de participer à la prise de décision et de voir son intérêt et sa volonté pris en considération, notamment par la possibilité qui lui sera alors offerte de contester la décision.

**539.** À y regarder de plus près, il nous apparaît alors que les motivations ayant présidé à la conception de ce guide d'application (*practice direction*) soient bien éloignées des considérations de participation de l'enfant à la prise de décision

---

<sup>1</sup> Dans l'affaire *Re A (contact : separate representation)* [2001] 1 FLR 715 ; [2001] Fam Law 350, l'enfant concerné par la procédure n'était âgé que de quatre ans et demi quand le statut de partie lui a été accordé dans une procédure relative au droit de visite et d'hébergement.

<sup>2</sup> « *Where the views and wishes of the child cannot be adequately met by a report to the court* », section 3.5 du *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] Fam Law 459. L'intégralité de ces lignes directrices est disponible en ligne : [www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm](http://www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm)

<sup>3</sup> « *Qu'y a-t-il à gagner dans ces circonstances à donner le statut de partie dans une procédure le concernant à un enfant ne disposant pas de la maturité Gillick ?* » ; « *what is to be gained in those circumstances by making the child a party if the child is not Gillick competent ?* », J. Whybrow, « Children, Guardian and rule 9.5 », [2004] 34 Fam Law 508.

<sup>4</sup> Nous entendons bien ici limiter nos propos aux procédures concernant l'enfant, en excluant celles dans lesquelles il dispose dès l'origine d'un intérêt à agir qui lui est propre, et pour lesquelles il se voit reconnaître le statut de partie dès leur commencement .

le concernant. Ceci nous amène à nous pencher sur le problème de l'apparente absence de compétence juridique des *children and family reporters*.

**540.** De manière générale, il est conseillé d'envisager de faire de l'enfant une partie à la procédure dans les affaires présentant une difficulté particulière <sup>1</sup>. Parmi les exemples donnés figurent des hypothèses complexes dans lesquelles une personne sans qualification juridique particulière pourrait avoir besoin d'assistance. Il est notamment question des affaires médicales d'une particulière complexité <sup>2</sup>, des affaires qui comportent un élément d'extranéité <sup>3</sup> ou bien lorsque des accusations de maltraitance sur l'enfant, ou de violences conjugales, sont portées au cours de la procédure <sup>4</sup> voire des affaires complexes de contestation de filiation <sup>5</sup>. Il apparaît avec évidence que dans ces hypothèses, nous sortons du cadre strict du rapport au juge de l'intérêt de l'enfant, cet intérêt nécessitant alors une protection renforcée qui nous paraît devoir passer dans ces procédures par la désignation d'un représentant légal autonome de l'intérêt de l'enfant.

**541.** Pour un auteur cependant, la question se pose de savoir si la protection de l'intérêt de l'enfant passe nécessairement par le fait de lui donner le statut de partie à la procédure <sup>6</sup>. En effet, ou bien l'enfant dispose d'un intérêt juridiquement protégé qu'il faudra défendre ou faire valoir directement en justice, et il bénéficiera alors du statut de partie à la procédure dès l'origine ; ou bien l'enfant n'est que concerné par la procédure et dans ce cas il doit pouvoir participer activement à la prise de décision le concernant. Cette participation à la prise de décision n'implique pas forcément pour l'enfant une participation directe à la procédure le concernant. Ceci peut passer par un rapport de son intérêt au juge, rapport prenant dûment en considération ses souhaits et sentiments. Ceci peut également passer par la représentation autonome de son intérêt, ce qui ne nécessite pas obligatoirement que la qualité de partie lui soit accordée, dès lors que l'enfant ne dispose pas de la capacité de discernement, comme le montre l'exemple de l'administrateur *ad hoc* en droit français.

---

<sup>1</sup> Section 3.2 du *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] Fam Law 459. L'intégralité de ces lignes directrices est disponible en ligne : [www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm](http://www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm)

<sup>2</sup> « *Where there are complex medical or mental health issues to be determined or there are other unusually complex issues that necessitate separate representation of the child* », *idem*, section 3.60.

<sup>3</sup> « *Where there are international complications outside child abduction, in particular where it may be necessary for there to be discussions with overseas authorities or a foreign court* », *idem*, section 3.7.

<sup>4</sup> « *Where there are serious allegation of physical, sexual or other abuse in relation to the child or there are allegation of domestic violence not capable of being resolved with the help of a CAF/CASS officer* », *idem*, section 3.8.

<sup>5</sup> « *Where there is a contested issue about blood testing* », *idem*, section 3.10.

<sup>6</sup> J. Whybrow, « *Children, Guardian and rule 9.5* », [2004] 34 Fam Law, 507.

**542.** Un auteur<sup>1</sup> arrive en effet à la conclusion selon laquelle, les différentes hypothèses présentées dans le guide d'application (*practice direction*) font de l'attribution de la qualité de partie à l'enfant un moyen pour le *children and family reporter* de faire désigner un avocat, au nom de l'enfant, afin de lui permettre d'obtenir des conseils juridiques ou de se faire représenter dans la procédure<sup>2</sup> ou encore d'obtenir la désignation d'un expert<sup>3</sup>. Il semblerait alors que l'intervention de l'enfant dans la procédure ne vise qu'à donner les moyens, au *children and family reporter*, de faire face aux difficultés qu'il rencontre dans l'exécution de sa mission et ne tende en aucun cas à offrir, à l'enfant, la possibilité de participer plus activement à la détermination de son intérêt. Ceci nous semble tout à fait contestable et contraire à l'esprit du *Children Act 1989*.

**543.** Les dispositions permettant à l'enfant d'intervenir dans une procédure le concernant sur recommandation du *children and family reporter* n'existent pas pour pallier un manque de connaissances juridiques, elles constituent la reconnaissance formelle du fait que l'intervention de l'enfant dans la procédure le concernant puisse aller dans le sens de son intérêt. Refuser à l'enfant l'intervention dans un procès le concernant c'est lui refuser un droit dont tout justiciable dispose dès lors que ses intérêts sont mis en cause. En droit anglais, l'institution du *children and family reporter* est un garde-fou indispensable dans la mise en œuvre de ce droit. La mission du *children and family reporter* se distingue également au regard de la prise en compte de la personne de l'enfant dans le processus décisionnel en ce qu'il lui est fait obligation de communiquer le contenu du *welfare report* à l'enfant.

---

<sup>1</sup> J. Whybrow, art. préc., p. 507.

<sup>2</sup> Nous devons bien garder à l'esprit que le *children and family reporter* n'est qu'un rapporteur de l'intérêt de l'enfant. Il ne représente pas l'intérêt de l'enfant en justice, cette tâche est confiée au *children's guardian*.

<sup>3</sup> « *In summary, it seems that, underlying all of these instances, there are two possible reasons for a r 9.5 appointment : first to enable the CAFCASS officer to obtain legal advice and representation ; and secondly to enable the CAFCASS officer to commission expert assessment* », J. Whybrow, « Children, Guardian and rule 9.5 », [2004] 34 Fam Law 508.

*b. La communication à l'enfant du contenu du welfare report*

**544.** En **droit anglais**, la possibilité pour l'enfant d'être informé du contenu du *welfare report* remis au juge a été instaurée par les *statutory instruments*<sup>1</sup>, modifiant la procédure applicable dans les procédures familiales. Le *children and family reporter* est à ce titre tenu à certaines obligations à l'égard de l'enfant et notamment celle « *de porter à la connaissance de l'enfant les éléments (s'il y en a) de son rapport dont il estime pouvoir l'informer compte tenu de son âge et de son discernement, ces éléments incluant les références faites aux opinions de l'enfant sur la demande en justice ainsi que les recommandations faites par le children and family reporter* »<sup>2</sup>. Si le *children and family reporter* décide de porter à la connaissance de l'enfant certains éléments de son rapport, il doit « *les expliquer à l'enfant d'une manière adaptée à son âge et à son discernement* »<sup>3</sup>. L'enfant se trouve de cette manière au moins informé de la procédure et des décisions qui vont être prises à son égard. Cette obligation légale d'informer l'enfant du contenu du rapport ne pèse pas sur les *welfare officers*. Toutefois, en raison de son insertion par le CAF/CASS dans les standards nationaux requis en matière de travail social<sup>4</sup>, et plus particulièrement dans le travail de rapport au juge de l'intérêt de l'enfant, nous pouvons fort bien imaginer que les

---

<sup>1</sup> *The family procedure rules SI 1991/1247* et *The family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395*.

<sup>2</sup> « *The children and family reporter shall – (a) notify the child of such contents of his report (if any) as he considers appropriate to the age and understanding of the child, including any reference to the child's own view on the application and the recommendation of the children and family reporter* », section 4.11B(1)(a) du *family procedure rules SI 1991/1247* (amendée par le SI 2001/821), et section 11B(1)(a) du *family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395* (amendé par le SI 2001/818).

<sup>3</sup> « *The children and family reporter shall – (b) if he does notify the child of any contents of his report, explain them to the child in a manner appropriate to his age and understanding* », section 4.11B(1)(b) du *family procedure rules SI 1991/1247* (amendée par le SI 2001/821), et section 11B(1)(b) du *family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395* (amendée par le SI 2001/818).

<sup>4</sup> « *The practitioner will usually share the recommendations contained in his/her report with any child who is the subject of proceedings and will do so in a manner that is appropriate to the child's age and understanding. If the practitioner decides not to do so s/he will record his/her reasons* », règle 3.14 du *Principle and National Standards Draft Policy. A consultation Paper*. Ce document n'a pas de force obligatoire en soi, c'est une proposition de texte visant à remplacer les anciens standards publiés par chacun des anciens services désormais regroupés au sein du CAF/CASS. Ce document contient cependant, des dispositions suffisamment précises pour que les travailleurs puissent l'utiliser. Disponible en ligne : [www.cafcass.gov.uk/English/Publications/consultation/DraftNationalstandards.pdf](http://www.cafcass.gov.uk/English/Publications/consultation/DraftNationalstandards.pdf).

*welfare officers* se sentiront également tenus de procéder à l'information de l'enfant, lorsqu'ils seront désignés pour rédiger un *welfare report* <sup>1</sup>.

**545.** Par la mise en œuvre de cette information, la personne de l'enfant est prise en compte de manière autonome. Les mesures qui vont être prises le concernent à titre principal, il convient donc qu'il soit informé de manière appropriée. Cette information directe de l'enfant par le *children and family reporter* aura sans doute des conséquences sur sa compréhension et son acceptation de la décision qui va être prise par le juge. Dans bon nombre d'hypothèses, l'enfant ne trouve comme unique source d'information que ce que ses parents veulent bien lui révéler, avec leur subjectivité et leur propre perception de la décision du juge. Garantir à l'enfant concerné une place effective dans cette procédure passe inévitablement par une communication raisonnée du contenu des différents rapports présentés au juge à son sujet. Notons bien ici que cette communication doit se limiter à ce qui touche personnellement l'enfant et son intérêt. En aucun cas, cette communication ne saurait porter sur des éléments touchant personnellement l'un ou l'autre de ses parents, ni même leur vie en commun.

**546.** En droit anglais, la mission du *children and family reporter* est exclusivement consacrée à la rédaction d'un rapport visant à donner au juge une vision de l'intérêt de l'enfant. Cette mission est incompatible avec toute forme de travail social entreprise auprès de la famille. En droit français en revanche, la part réservée au rapport de l'intérêt de l'enfant dans la mission de l'enquêteur social s'est considérablement amoindrie.

## 2. L'enquêteur social en droit français

**547.** Le rapport au juge de ce que requiert le bien-être de l'enfant peut en **droit français** être réalisé grâce à l'enquête sociale. L'ancien article 287-2 du Code civil prévoyait expressément cette mission <sup>2</sup> ; cependant le nouvel article 373-2-12

---

<sup>1</sup> Nous avons vu cependant que leurs compétences pouvaient être restreintes aux rapports factuels sur l'environnement de l'enfant, sans recommandation faite aux juges. Cependant, si un *welfare officer* a déjà travaillé avec la famille en question, antérieurement à la mise en œuvre de la procédure, la mission de rédaction du *welfare report* lui sera de préférence confiée. Voir sur ce point White et al., *The Children Act in practice*, 3<sup>e</sup> éd. Butterworths, Londres 2002, para. 10.16, p. 336.

<sup>2</sup> Article 287-2 ancien du Code civil disposait que l'enquête sociale avait pour but de « *recueillir des renseignements (...) sur les conditions dans lesquelles sont élevés les enfants et sur les mesures qu'il y a lieu de prendre dans leur intérêt* ».

du Code civil, issu de la loi du 4 mars 2002<sup>1</sup>, ne la reprend pas. Il nous semble cependant que cette mission ne ne doive pas disparaître radicalement de la pratique judiciaire. De plus, les dispositions du Nouveau Code de procédure civile qui prévoient la rédaction d'un rapport écrit à l'issue de l'enquête sociale n'ont pas été modifiées en conséquence. En effet, l'article 1079 dispose toujours, dans son alinéa premier, que « *l'enquête sociale donne lieu à la rédaction d'un rapport où sont consignées les constatations faites par l'enquêteur et les solutions proposées par lui* »<sup>2</sup>.

**548.** La lecture des débats ayant entouré l'adoption du nouvel article 373-2-12 du Code civil ne permet pas de mettre en évidence une volonté certaine du législateur de voir disparaître cette mission. En effet, ce nouvel article a été proposé en première lecture par le Sénat, en remplacement de l'article 372-6 adopté en première lecture par l'Assemblée nationale sans que ceci n'apparaisse comme une modification majeure du contenu de cet article<sup>3</sup>. Il nous semble que le Sénat n'ait eu d'autre volonté que de rapprocher, en l'actualisant, la rédaction de cet article de celle de l'ancien article 287-2 du Code civil<sup>4</sup>. Peut-être pouvons-nous nous risquer à penser que le législateur a voulu renforcer le principe selon lequel la décision de ce que requiert l'intérêt de l'enfant appartient au juge et à nul autre et ne peut, par conséquent, être déléguée<sup>5</sup>. En effet, comme a pu le mettre en évidence un auteur, l'intervention de tiers, notamment d'enquêteurs sociaux, dans le processus décisionnel peut soulever des inquiétudes chez le justiciable qui s'en remet au juge<sup>6</sup>. Néanmoins, la disparition légale de la mission de rapport au juge de l'intérêt

---

<sup>1</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>2</sup> Voir également en ce sens J-F Eschylle et A. Ganzer, *Jurisclasseur art 286 à 295*. Fasc. 10-1 effet du divorce, n° 57. Les auteurs concluent que « *devant cette incertitude, les pratiques antérieures devraient persister* ».

<sup>3</sup> Voir notamment le second rapport Bêteille qui avec diplomatie et de manière très laconique commente l'adoption du nouvel article 373-2-12, « *cet article est relatif à l'enquête sociale actuellement prévue par l'article 287-1 du Code civil [art 287-2]. En deuxième lecture, l'Assemblée nationale a adopté sans modification le texte proposé par le Sénat, qui n'avait d'ailleurs apporté que des modifications rédactionnelles au texte résultant de la proposition de loi initiale* ». Le renvoi à l'ancien article 287-2 du Code civil ne semble que conforter notre interprétation, la mission de rapport au juge de l'intérêt de l'enfant n'a pas disparu de l'enquête sociale.

<sup>4</sup> Une comparaison entre l'article 372-6 adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, l'ancien article 287-2 du Code civil et le nouvel article 373-2-12 ne laisse que peu de doute à ce sujet.

<sup>5</sup> Le fait que le juge, dans plus de 80 % des cas, suive l'opinion de l'enquêteur social a pu apparaître aux yeux de certains auteurs comme « *une délégation de pouvoir inavouée* ». Voir J-F Eschylle et A. Ganzer, *Jurisclasseur art 286 à 295*. Fasc. 10-1 effet du divorce, n° 57.

<sup>6</sup> « *Il ressort de la présente étude que les méthodes appliquées par ces spécialistes [les enquêteurs sociaux] ne paraissent pas en général aux yeux des justiciables et des juristes présenter les mêmes garanties que les méthodes d'investigation classiques telles que l'expertise médicale ou l'expertise comptable, pour l'exécution desquelles sont mises en œuvre des techniques éprouvées et universellement reconnues. Cela peut conduire à des réticences à l'égard de ces mesures et introduire pour le justiciable une plus grande incertitude quant à l'issue de son procès* », H. Molines, « conclusion », *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution*

de l'enfant ne semble pas devoir affecter la réalité de cette mission qui peut désormais être qualifiée d'implicite <sup>1</sup>. Dès l'origine, l'enquête sociale a eu pour but d'éclairer le juge sur ce que requiert la protection de l'intérêt de l'enfant <sup>2</sup>. Le juge a besoin d'être aidé dans sa prise de décision, et l'enquête sociale semble être un moyen efficace lui permettant d'obtenir des informations indispensables, qu'il n'a ni les qualifications, ni le temps d'aller recueillir lui-même. La rédaction du nouvel article 373-2-12 du Code civil ne semble pas aller à l'encontre de l'esprit ayant présidé à l'instauration de la pratique de l'enquête sociale, dans la prise de décision concernant l'enfant <sup>3</sup>.

**549.** L'évolution des pratiques en ce domaine a néanmoins conduit à donner au recours l'enquête sociale, une orientation critiquable. En effet, forts de leur expérience dans le domaine du travail social, les enquêteurs sociaux, avec la bénédiction des juges aux affaires familiales, ont délibérément fait évoluer leur mission vers un rôle d'assistance, voire de médiation dans le conflit familial <sup>4</sup>. Cette évolution, fort heureuse aux yeux de certains auteurs <sup>5</sup>, nous semble tout à fait opposée aux meilleures garanties accordées à la protection de l'intérêt de l'enfant. Le rôle d'accompagnement des parties dans la procédure, que joue parfois l'enquêteur social, mais surtout celui qui consiste pour lui à faire accepter la décision par les parties, ne doit néanmoins pas être remis en cause tant il est indispensable. En effet, tout ce qui peut contribuer à la bonne exécution de la

---

*du droit et des institutions judiciaires*. Sous la direction de M. Ancel et H. Molines. Paris, A. Pédone 1980, p. 146.

<sup>1</sup> Voir sur ce point J-F Eschylle et A. Ganzer, *Jurisclasseur art 286 à 295*. Fasc. 10-1 effet du divorce, n° 57.

<sup>2</sup> H. Molines a insisté sur la nature particulière de l'enquête sociale, « *ordonnée non dans l'intérêt des parties elles-mêmes, mais d'un enfant qui a besoin de protection et qui, en droit français, n'a pas d'avocat, elle a aussi un but éducatif voulu par le juge* », H. Molines, « Le nouveau visage du juge du divorce », *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution du droit et des institutions judiciaires*. Sous la direction de M. Ancel et H. Molines. Paris, A. Pédone 1980, p. 122.

<sup>3</sup> Introduite en droit français par l'ordonnance du 12 avril 1945 (comm. J. Carbonnier, *D.* 1945 p. 169 ; M. Ancel *S.* 1946, législ. p. 1 ; A. Breton *J.C.P. G* 1946, I, 575), la nature de l'enquête sociale a été précisée très clairement par la circulaire n° 74-2 du 29 janvier 1974 du Ministère de la Justice. Celle-ci distingue les mesures d'instruction de l'enquête sociale, laquelle « *répond au souci spécifique d'éclairer le juge sur ce que commande l'intérêt de l'enfant* » et qui par conséquent se rapproche plutôt « *des mesures d'information que prescrit le juge des enfants dans le cadre de l'assistance éducative* » voir H. Molines « l'enquête sociale », *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution du droit et des institutions judiciaires*. Sous la direction de M. Ancel et H. Molines. Paris, A. Pédone 1980, p. 39 citant la circulaire du 29 janvier 1974.

<sup>4</sup> « *De nombreux enquêteurs sociaux estiment en effet que leur mission consiste, non seulement à apporter au juge tous éléments d'information utiles, mais aussi de réaliser une véritable médiation en faisant valoir que le temps de l'enquête était est un moment privilégié pour aider les parties à restaurer le dialogue parental afin de trouver un terrain d'entente durable* ». J. P. Goudon, « L'enquête sociale. Constat d'une situation ou reflet d'une médiation ? », *Gaz. Pal.*, 2, doc., p. 752.

<sup>5</sup> Voir notamment T. Garé, « L'enquête sociale dans la désunion des parents », *RTDciv.* 1987, n° 41, p. 714 ; M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, édition Panthéon-Assas 2003, LGDJ diffuseur, n° 161 et s., pp. 125 et s.

mesure par les parties est à favoriser, même si sur ce point il nous semble qu'il appartient avant tout aux avocats de remplir cette mission. La dimension humaine du procès n'est jamais à négliger et si les parents sont en confiance avec la personne ayant réalisé l'enquête sociale, il nous semble que cet accompagnement doit être encouragé.

**550.** Cette fonction d'accompagnement n'est cependant pas du tout compatible avec celle visant à offrir au juge une vision objective du conflit du point de vue de l'enfant. De même, toute tentative de l'enquêteur social visant à amener les parents à trouver un accord, est inconciliable avec une exécution sereine de la mission de rapport au juge de l'intérêt de l'enfant.

**551.** Si l'évolution du rôle de l'enquêteur social a été bienvenue à une époque où tous les moyens *praeter legem* de dédramatisation du conflit familial étaient favorisés faute d'encadrement juridique de ces pratiques, aujourd'hui, avec le développement de la médiation familiale, son institutionnalisation<sup>1</sup> et par voie de conséquence sa professionnalisation<sup>2</sup>, il n'appartient plus à l'enquêteur social de jouer ce rôle.

**552.** La mission de médiation, voire d'apaisement du conflit familial, aussi louable soit-elle, est tout à fait incompatible avec celle qui consiste à rapporter au juge des éléments pertinents afin de lui permettre de statuer. La mission du médiateur consiste, avant tout, à conduire les parents vers un accord, qui sera présenté au juge pour homologation. En aucun cas il n'est l'assistant du juge dans la prise de décision, pas plus qu'il n'a pour rôle de lui présenter le conflit du point de vue de l'enfant. Le **législateur anglais**, nous pouvons le rappeler, a distingué très clairement ces deux missions en empêchant le *children and family reporter* qui a entrepris une procédure de médiation familiale, d'être le rapporteur du bien-être (*welfare*) de l'enfant en justice<sup>3</sup>. En effet, dans ces circonstances, il sera procédé à la désignation par le juge d'un autre *children and family reporter* en charge spécifiquement de formuler une opinion au vu des éléments matériels et psychologiques dont il aura pu s'assurer, sur ce que requiert le bien-être de l'enfant dans la procédure. Les compétences des enquêteurs sociaux leur permettent bien évidemment de mener à bien une procédure de médiation familiale, néanmoins

---

<sup>1</sup> La loi du n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce a introduit la médiation dans le Code civil dans la procédure de divorce, tant pour le règlement des conséquences du divorce entre les époux (art 255 du Code civil) qu'à l'égard des enfants (art 373-2-10 du Code civil).

<sup>2</sup> « Le décret n° 2003-1166 du 2 décembre 2003 et l'arrêté du 12 février 2004 (NOR : SOCA0420506A) portent création du diplôme d'État de médiateur familial », M. Douchy-Oudot, « Contentieux familial », *D.* 2005, pan., p. 1821.

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 418.

nous pouvons nous poser la question de savoir si cela est encore leur rôle aujourd'hui. Il serait souhaitable de saisir l'opportunité qui nous est offerte par l'institutionnalisation de la médiation familiale pour rendre à l'enquête sociale sa vocation d'origine et faire de l'enquêteur social un véritable rapporteur de l'intérêt de l'enfant.

**553.** Cette voie nous semble sage et financièrement envisageable. Elle permettrait d'offrir une vision indépendante de l'intérêt de l'enfant dans toute procédure le concernant. L'enfant n'a pas systématiquement besoin d'être partie à ces procédures, il est néanmoins devenu indispensable, plus dix ans après leur introduction dans le Code civil<sup>1</sup>, de donner pleinement effet aux dispositions prévoyant l'audition de l'enfant. Si entendre l'enfant ne peut passer par une audition systématique du mineur, pour que l'esprit de ce texte soit respecté, il nous faut donner à l'intérêt de l'enfant une voix indépendante de celle des parties. Que ceci passe par une enquête sociale rénovée et recentrée sur sa mission originelle de rapport ou par la désignation d'un rapporteur spécifique. L'utilisation actuelle de la fonction d'administrateur *ad hoc* dans les procédures où l'enfant n'est que concerné, nous apparaît comme un moyen dévoyé de parvenir à cette fin.

## B. La représentation *ad hoc* de l'intérêt de l'enfant concerné par la procédure

**554.** Si les droits français et écossais ont tous les deux instauré la possibilité de nommer un représentant *ad hoc* de l'intérêt de l'enfant dans la procédure le concernant, les missions qui leur ont été confiées diffèrent grandement. À la cohérence et à la rigueur de l'institution du *curator ad litem* en droit écossais (1) répondent l'incohérence et la confusion qui régissent l'intervention de l'administrateur *ad hoc* dans les procédures judiciaires où l'enfant n'est que concerné (2).

---

<sup>1</sup> Introduction par la loi n°93-22 du 8 janvier 1993.

## 1. La représentation du bien-être de l'enfant par un *curator ad litem* en droit écossais

**555.** L'existence de la fonction de *curator ad litem*<sup>1</sup> en **droit écossais** remonte à des temps immémoriaux. Stair, le père du droit écossais, y fait référence dans ses *Institutions*<sup>2</sup>, cette fonction devait donc exister en Écosse antérieurement à leur rédaction. La fonction de *curator ad litem* telle qu'elle existe en droit écossais se trouve directement inspirée du *curator ad litem* de droit romain, désigné de manière ponctuelle pour assister le mineur au cours d'un procès<sup>3</sup>.

**556.** La désignation d'un représentant de l'intérêt de l'enfant, dans la procédure le concernant, a été légalement instituée en droit écossais dans un nombre limité de procédures<sup>4</sup>, qui n'englobent pas celles qui sont relatives à l'exercice général des droits et devoirs parentaux sur l'enfant<sup>5</sup>. Il intervient tout particulièrement dans le cadre de la procédure d'adoption dès lors qu'elle entre dans sa phase judiciaire<sup>6</sup>. Sa désignation est également obligatoire dans la

---

<sup>1</sup> La fonction de *curator ad litem* n'est pas limitée à la représentation de l'intérêt de l'enfant en justice, il peut être nommé par le juge afin de représenter les intérêts de toute personne qui n'est pas capable de le faire pour elle-même. Il pourra donc également exercer sa mission auprès d'un incapable majeur. Voir la définition donnée par le *Glossary, Scottish Legal Terms and Latin Maxims and European Community Legal Terms*, The Law Society of Scotland, Butterworths, Edimbourg 1992. Dans le cadre des procédures relatives à l'enfance en danger et à l'enfance délinquante (*public law proceedings*), cette même fonction est exercée par le *safeguarder of the child* : le protecteur de l'enfant.

<sup>2</sup> James Viscount of Stair, *The institutions of the law of Scotland*, D. H. Walker editor, The University Press of Edimbourg and Glasgow 1981, p. 143 et s. Ouvrage réédité pour le tricentenaire des *Institutions*. La première édition des *Institutions* date de 1681. Stair dans ses *Institutions* a réalisé un travail de titan en faisant naître un système de droit cohérent partant des règles de droit coutumier existant en terre d'Écosse, qui était issues du droit romain, du droit canon et du droit féodal, ainsi que du droit romain et du droit naturel enseigné par ses contemporains. Voir sur cette œuvre magistrale, H. David, *Introduction à l'étude du droit écossais*, Paris L.G.D.J 1972 p. 328-344.

<sup>3</sup> Voir sur ce point G. Accarias, *Précis de droit romain*, tome I Paris, éd. A. Cotillon Librairie du Conseil d'État 1879, p. 408.

<sup>4</sup> *Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*.

<sup>5</sup> La désignation automatique d'un *curator ad litem* en charge de rapporter au juge sur l'intérêt de l'enfant n'est pas prévue dans le cadre des procédures de la section 11 du *Children (Scotland) Act 1995*, relative à l'exercice des droits et devoirs parentaux, ce qui limite considérablement son domaine d'intervention. Néanmoins, en vertu des dispositions de la section 1(3)(f)(ii) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* le *sheriff* se trouve investi, dans l'ensemble des procédures civiles, d'un pouvoir général de désignation d'un *curator ad litem*, auquel les dispositions encadrant la capacité procédurale de l'enfant ne peuvent faire échec (voir *infra*). Cette disposition nous permet par conséquent de penser que le *sheriff* reste libre de procéder à une telle désignation dans les procédures relatives aux droits et devoirs parentaux.

<sup>6</sup> Dès lors que la procédure arrive devant la *Sheriff Court*. Il est à noter que c'est en matière d'adoption que cette loi a précisé le rôle de rapporteur du *curator ad litem*, avec le plus de minutie. Sa mission de rapporteur s'exerce alors dans les deux phases de la procédure judiciaire, celle qui vise à rendre l'enfant adoptable (*order declaring a child free for adoption*, section 2.7 de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*) ou à revenir sur cette décision (*revocation order*, section 2.16 *ibid*), et celle qui vise à l'adoption proprement dite de l'enfant (*adoption order*, section 2.25 *ibid*).

procédure visant au transfert de l'autorité parentale (*parental responsibility order*)<sup>1</sup>, ainsi que celle relative au transfert de filiation et des droits et devoirs parentaux, consécutif à une procréation médicalement assistée (*parental order*)<sup>2</sup>. Dans le cadre de ces procédures, le *curator ad litem* devra mettre en œuvre sa compétence de gardien naturel du bien-être de l'enfant<sup>3</sup> dans les procédures judiciaires, par la réalisation d'un rapport au juge. Dans ce rapport, il devra présenter des conclusions quant au fait de savoir si l'ordonnance demandée en justice va dans le sens d'une promotion du bien-être de l'enfant<sup>4</sup>; ce critère devant être apprécié « *tout au long de sa vie* »<sup>5</sup> dans les procédures d'adoption et de *parental order*.

**557.** Ce rapport du *curator ad litem* permet également au juge de s'assurer de la conformité de la procédure aux dispositions légales. En effet, dans ces trois procédures, le *curator ad litem* a également pour mission de vérifier la régularité des différentes étapes de leur déroulement du point de vue de l'enfant<sup>6</sup>. Il lui appartiendra notamment de s'assurer que la possibilité accordée par le droit à l'enfant, d'exprimer son avis a bien été mise en œuvre<sup>7</sup>. Son rôle premier n'est pas de rapporter au juge les souhaits de l'enfant, mais de s'assurer que ce rapport a bien eu lieu et a été effectué dans le respect des dispositions légales. Cela ne veut pas dire qu'il ne rencontrera pas l'enfant et qu'il ne présentera pas au juge les

---

<sup>1</sup> Section 2.39 de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*. Procédure consistant aux transferts des droits et devoirs parentaux à la collectivité territoriale en raison de défaillances parentales dans l'éducation de l'enfant, voir les sections 86 et s. du *Children (Scotland) Act 1995*. C'est une sorte de délégation de l'autorité parentale ponctuelle à la collectivité territoriale, qui contribue à la mise en œuvre d'un placement sous protection de l'enfant. Cette procédure appartient au corps plus général des *public law proceedings*, procédures qui organisent la protection de l'enfant.

<sup>2</sup> Section 2.53 de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*. Nous pouvons rappeler qu'en droit écossais, comme en droit anglais, la maternité de substitution est légalement pratiquée en vertu du *Surrogacy Arrangements Act 1985*.

<sup>3</sup> Invariablement, dans chacune de ces trois procédures le devoir supérieur du *curator ad litem* est la protection du bien-être de l'enfant (*welfare*). Dans le cadre de cette mission, il lui appartiendra en premier lieu de veiller de manière générale à la protection l'intérêt (*interest*) de l'enfant au cours de la procédure. La formulation est identique pour chacune des sections 2.8(2)(a), 2.26(2)(a), 2.40(2)(a), 2.53(2)(a) de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997* « *a curator ad litem appointed under this part shall have regard to the welfare of the child as his paramount duty and shall further : (a) generally safeguard the interest of the child who is the subject to the petition...* ».

<sup>4</sup> Quelle que soit la procédure en cours, adoption, *parental responsibility order* ou *parental order*, ce rapport doit être présenté par le *curator ad litem* dans les quatre semaines suivant sa nomination sections 2.8(2), 2.26(2), 2.40(2), 2.53(2) de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*.

<sup>5</sup> Section 2.8(2)(e), 2.26(2)(l), 2.53(2)(e) de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*.

<sup>6</sup> Voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.60, p. 506. Voir le détail des sections 2.8(2), 2.26(2), 2.40(2), 2.53(2) de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*.

<sup>7</sup> Sections 2.8(2)(d), 2.26(2)(u), 2.40(2)(c), de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules)*. Ces dispositions ne s'appliquent pas à la procédure de *parental order*, l'enfant concerné par la mesure n'étant âgé que de six mois au maximum au moment de la procédure, en vertu de la section 30(2) de l'*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*.

opinions qu'il aurait pu recueillir <sup>1</sup> car il dispose accessoirement du pouvoir de recueillir les sentiments du mineur <sup>2</sup>.

**558.** De même, dès lors qu'une adoption concerne un enfant de plus de douze ans, il devra s'assurer que le consentement de ce dernier a bien été recueilli <sup>3</sup>, ce qu'il devra consigner à la procédure <sup>4</sup>. La mission du *curator ad litem* peut aller jusqu'à contrôler qu'aucun versement d'argent prohibé n'a été effectué au cours de la procédure d'assistance médicale à la procréation <sup>5</sup>. Cette mission de contrôle de la conformité des procédures du point de vue de l'enfant, par le *curator ad litem*, s'exercera en parallèle avec celle du *reporting officer*. Ce dernier est, quant à lui, en charge du contrôle de conformité de ces procédures du point de vue des parents <sup>6</sup>. Dans les procédures de transfert de filiation et des droits et devoirs parentaux consécutif à une procréation médicalement assistée (*parental order*), ces deux fonctions peuvent, sur décision du *sheriff*, être exercées par une seule et même personne <sup>7</sup>. Ceci ne semble pas contraire à l'intérêt de l'enfant concerné par la procédure ; en effet, celui-ci ne peut être âgé de plus de six mois <sup>8</sup>, par conséquent sa participation active à la détermination de son intérêt est exclue.

**559.** Ainsi, le *curator ad litem* sera un des interlocuteurs privilégié de l'enfant au cours de la procédure et l'accompagnera dans les différentes étapes de son déroulement. Dans le cadre de cette mission, « *il n'est pas tenu de recevoir des instructions de l'enfant, ni de plaider en faveur de ce qu'il souhaite* » <sup>9</sup>. Le *curator ad litem* effectue sa mission en toute indépendance, il est véritablement un accompagnateur impartial de l'enfant dans la procédure. Cet accompagnement de l'enfant par un professionnel lui garantit le respect de ses droits dans le déroulement de la procédure, notamment au regard de son droit d'expression. Les pouvoirs du *curator ad litem* se limitent à la procédure judiciaire et son intervention permet un contrôle approprié de l'action parentale, sans empiéter sur leurs prérogatives.

---

<sup>1</sup> E.E. Sutherland, *Child and Family law*, T & T Clarke, Edimbourg 1999, para. 3.43, p. 92.

<sup>2</sup> Sections 2.8(2)(d), 2.26(2)(u), 2.40(2)(c), de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) in fine*.

<sup>3</sup> Ce consentement doit obligatoirement être recueilli en vertu de la section 2(3) du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, sched. 2.

<sup>4</sup> Section 2.26(2)(b) de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*.

<sup>5</sup> Section 2.53(2)(c) de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*.

<sup>6</sup> Sections 2.25, 2.39 et 2.51 de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*.

<sup>7</sup> « *The sherrif shall, where it is practicable to do so, appoint the same person to be the curator ad litem and the reporting officer* », Règle 9(2) de l'*Act of Sederunt (Sheriff Court Parental Order (Human Fertilisation and Embryology) Rules) 1994*.

<sup>8</sup> Section 30(2) de l'*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*.

<sup>9</sup> A. Cleland, « The child's right to be heard and represented in legal proceedings », *Children's rights in Scotland*, W. Green, Sweet and Maxwell, Edimbourg 2001, para. 10.32, p. 186.

**560.** Néanmoins, il nous faut cependant rappeler le caractère très restreint du domaine d'intervention du *curator ad litem*. En effet, dans les procédures relatives à l'exercice des droits et devoirs parentaux, notamment dans le contentieux relatif à la séparation parentale, la fonctionnalisation du rapport au juge de l'intérêt de l'enfant, à la différence du droit anglais <sup>1</sup>, n'a pas été instituée par le droit écossais. Cette absence de voix autonome donnée à l'intérêt de l'enfant dans les procédures relative à l'exercice des droits et devoirs parentaux semble, à nos yeux, résulter d'une approche des problèmes liés à cet exercice, non pas en terme de bien-être de l'enfant, mais en terme de souhaits émis par l'enfant ou ses parents sur ces questions. En effet, si le *sheriff* écossais statue bien, dans le cadre de ces procédures, en fonction du bien-être de l'enfant pris comme considération supérieure, il déterminera seul ce que requiert le bien-être de l'enfant. Il n'est aidé dans cette tâche par un rapport, que dans les procédures les plus graves, qui ont toutes pour effet, soit le transfert de la filiation, soit celui des droits et devoirs parentaux ou de leur exercice.

**561.** Dans les procédures plus « ordinaires » relatives à l'exercice quotidien des droits et devoirs parentaux, la participation de l'enfant à la prise de décision le concernant est garantie par l'obligation légale faite au juge de recueillir ses souhaits et sentiments, que ce soit par le biais d'une audition ou d'un rapport, et de les prendre en considération <sup>2</sup>. Ainsi, il nous semble que c'est davantage en terme de conflit de volontés entre l'enfant et ses parents, que de conflit d'intérêts que le droit écossais abordera et règlera les problèmes relatifs à l'exercice des droits et devoirs parentaux sur la personne de l'enfant, avec comme objectif supérieur la protection du bien-être de l'enfant. La voix autonome de l'enfant dans ces procédures est garantie et prise en compte directement par l'exercice par le mineur de son droit d'expression. La désignation d'un représentant autonome de son intérêt apparaîtrait alors bien superflue dans la mesure où le juge dispose déjà de tous les éléments lui permettant de rendre sa décision.

**562.** Le droit écossais, en limitant le domaine d'intervention du *curator ad litem*, en encadrant très strictement sa mission, quite à ne pas lui conférer plus de pouvoir qu'à un rapporteur, a néanmoins donné à cette institution une efficacité véritable et à contribué à faire jouer à ce tiers un rôle précieux dans la

---

<sup>1</sup> Voir *infra*. La mission de rapporteur du *children and family reporter* anglais s'étend véritablement à toutes les procédures concernant l'enfant et notamment celles qui sont relatives à l'exercice de la responsabilité parentale sur sa personne, notamment après la séparation de ses parents.

<sup>2</sup> Voir *supra* n° 331 et s.

procédure. Lorsque l'enfant n'est que concerné par la procédure, il ne nous semble pas d'autre voie envisageable, sauf, à l'instar de la situation en droit français, à instaurer la plus grande confusion dans l'institution du représentant *ad hoc* de l'enfant.

## *2. La représentation de l'intérêt de l'enfant par un administrateur ad hoc en droit français*

**563.** Le **droit français** offre à l'enfant la possibilité de voir désigner par le juge une personne spécialement chargée de représenter son intérêt dans la procédure : l'administrateur *ad hoc*. Cette représentation spécifique permet de donner une voix autonome à l'intérêt de l'enfant dans la procédure le concernant. Il ne s'agit plus ici de réaliser un rapport d'information destiné au juge mais de pallier l'incapacité du mineur à défendre ses intérêts en justice. L'intervention d'un représentant *ad hoc* de l'intérêt de l'enfant en justice dans les procédures le concernant reste néanmoins exceptionnelle et limitée aux situations d'opposition d'intérêts entre l'enfant et son représentant légal (1). L'efficacité de cette représentation nous semble par ailleurs également limitée par le fait que l'administrateur *ad hoc*, qui ne peut exercer ses fonctions que dans la limite des droits reconnus à l'enfant, ne dispose pas, dans les procédures qui concernent l'enfant, de plus de pouvoir qu'un simple rapporteur (2).

### *a. La notion d'opposition d'intérêts dans les procédures concernant l'enfant*

**564.** La reconnaissance de l'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux, s'est faite sans difficulté particulière, notamment, en matière patrimoniale <sup>1</sup>, dans les actes ou les procédures pour lesquels l'enfant dispose de la qualité de partie <sup>2</sup>. Le législateur n'a dans ce domaine fait que consacrer la

---

<sup>1</sup> La fonction d'administrateur *ad hoc* a été instituée par une loi du 6 avril 1910, dans le but de défendre les intérêts patrimoniaux du mineur. Voir sur ce point G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, p. 12.

<sup>2</sup> Pour le professeur Hauser, la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant ne pose pas « de problèmes particuliers dans les matières où la possibilité d'une intervention directe du mineur est expressément prévue ». J. Hauser, « La représentation, l'intervention et l'audition du mineur devant les

jurisprudence antérieure <sup>1</sup> et reconnaître que l'opposition d'intérêts justifiait la représentation autonome de l'intérêt de l'enfant dans la procédure ou à l'acte, par un administrateur *ad hoc* <sup>2</sup>.

**565.** En matière extra-patrimoniaire, la reconnaissance de l'opposition d'intérêts entre parents et enfant s'est faite plus tardivement <sup>3</sup> et pose encore des difficultés dans les procédures relatives à l'autorité parentale. La reconnaissance de l'opposition d'intérêts en matière extra-patrimoniaire a été consacrée par la jurisprudence notamment dans le domaine de la filiation. Elle l'avait déjà été par le Code civil dans le cadre de l'action en désaveu de paternité <sup>4</sup>. L'administrateur légal ayant qualité pour représenter son enfant mineur « *même dans les actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux, à moins qu'elles n'aient un caractère strictement personnel* », <sup>5</sup> le domaine de l'opposition d'intérêts nous apparaît ouvert aux actions relatives au nom de famille, au prénom, à l'adoption et à l'ensemble des droits de la personnalité de l'enfant. Nous ne pouvons que constater que la jurisprudence n'a pas eu beaucoup d'occasions de se prononcer sur l'existence d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents dans ces domaines spécifiques <sup>6</sup>.

**566.** Dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale, la reconnaissance de l'existence d'une opposition d'intérêts semble être le fruit d'une interprétation extensive des dispositions du Code civil par la jurisprudence <sup>7</sup>. Cette

---

juridictions », *RTDciv.* 1993, p. 598. Sont visées ici les procédures pour lesquelles l'enfant peut bénéficier du statut de partie à la procédure.

<sup>1</sup> Voir C. Neirinck, « De Charybde en Scylla l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496

<sup>2</sup> Article 388-2 et 389-3 du Code civil. Voir *infra* n° 745

<sup>3</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 18 mars 1981, *Bull. civ.*, I, n° 95 ; *J.C.P. G* 1981, IV, 199, *jurisdata* n°000891. Dans cette affaire il était question de la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant dans le cadre d'une action en contestation de reconnaissance intentée par le père de l'enfant.

<sup>4</sup> L'article 317 du Code civil prévoit la désignation automatique d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant par le juge des tutelles.

<sup>5</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 6 novembre 1985, *Bull. civ.*, I, n° 291 ; *D.* 1986, IR, 114. En l'espèce il est précisé que les actions relatives au nom n'appartiennent pas à celles revêtant un caractère strictement personnel, et que les enfants avaient ainsi été valablement représentés à l'action par leur père en qualité d'administrateur légal. Ce qui avait pour effet de fermer aux enfants la voie de la tierce opposition.

<sup>6</sup> Pour un exemple d'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents en matière de droit de la personnalité voir l'affaire Russier, TGI Paris 8 juillet 1970, *J.C.P. G* 1970, II, 16550, note Lindon. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 1972, *J.C.P. G* 1972, II, 17209, concl. Lindon. L'opposition des parents rend inopérant le consentement donné par l'enfant à la publication d'une œuvre relatant la liaison que ce dernier avait entretenue avec une de ses professeurs.

<sup>7</sup> Pour Mme le professeur Gouttenoire, elle est le fruit d'une « *interprétation extensive de l'article 388-2 du Code civil* », l'auteur renvoie aux arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 23 février 1999 (*Bull. civ.*, I, n° 66 ; *Dr fam.* 1999 comm. n° 146 obs. A. Gouttenoire-Cornut ; J. Hauser « opposition d'intérêts et administrateur *ad hoc* », *RTDciv.* 1999, p. 601 ; Y. Favier, « délégation de l'autorité parentale et intérêt de l'enfant, *J.C.P. G* 2001, I, 293, n° 6) et de la cour d'appel du Nîmes en date du 10 août 1993 (*jurisdata* n° 030583), voir A. Gouttenoire, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.* 2003, p. 372. Il nous faut toutefois nuancer l'apport de l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes à cette construction, tant la confusion règne notamment

reconnaissance du bout des lèvres <sup>1</sup> nous permet ainsi de penser que l'enfant peut bénéficier d'une représentation autonome de son intérêt, y compris dans les procédures relatives à l'autorité parentale <sup>2</sup>. La formulation de l'article 388-2 du Code civil ne fait pas, il est vrai, obstacle à la désignation d'un administrateur *ad hoc*, dans ces procédures <sup>3</sup>.

**567.** Il nous semble cependant que cette reconnaissance jurisprudentielle, doive être accueillie avec nuance tant cette position, à défaut d'avoir pu être réaffirmée depuis, nous semble fragile. Une interprétation tout à fait rigoureuse des dispositions relatives à l'administrateur *ad hoc*, nous montre en effet que ce dernier ne peut être amené à jouer un rôle dans les procédures relatives à l'autorité parentale que par des chemins bien tortueux <sup>4</sup>. La faiblesse de cette reconnaissance nous semble également tenir de l'interprétation même du critère d'intervention de l'administrateur *ad hoc* dans la procédure.

**568.** En effet, la notion d'opposition d'intérêts, « *clef de voûte de l'institution* » <sup>5</sup>, unique critère autorisant la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant dans la procédure, ne peut être interprétée que de manière tout à fait restrictive <sup>6</sup>. Par conséquent, l'application de ce critère dans les procédures relatives à l'autorité parentale se révèle tout à fait inefficace. Il ne peut en effet y avoir d'opposition d'intérêts entre les parents et l'enfant, à défaut pour ce dernier de disposer dans ces procédures d'un « *droit substantiel autonome* » <sup>7</sup>. La définition

---

quant aux termes employés. En effet, il est question dans cette affaire de la représentation autonome des intérêts des enfants dans le cadre d'une demande de modification des mesures provisoires les concernant, au cours d'une procédure de divorce. Faute d'opposition d'intérêts entre les enfants et leur représentant légal la désignation d'un **représentant ad hoc** leur est refusée. Or, la demande visait à leur faire désigner un **avocat** et non un administrateur *ad hoc* ! Nous sommes loin de la rigueur juridique qui s'impose notamment dans ces procédures sensibles où il est primordial de faire reconnaître le « bien jugé » de la décision au justiciable.

<sup>1</sup> La Cour de cassation dans son arrêt du 23 février 1999 (*ibid*) sanctionne la cour d'appel pour avoir rejeté la demande de désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant dans une procédure de délégation d'autorité parentale sans avoir « *fait référence à une éventuelle opposition d'intérêt entre l'enfant et ses représentants légaux* ». De cette sanction il a pu être inféré que la Cour de cassation admettait l'éventualité de l'existence d'une opposition d'intérêts dans les procédures concernant l'enfant. Force est d'admettre que la Cour suprême a eu l'occasion de poser des attendus de principe, quand elle l'estimait nécessaire, avec davantage de vigueur.

<sup>2</sup> A. Gouttenoire, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.* 2003, p. 372.

<sup>3</sup> Les termes de l'article 388-2 sont très généraux quant à la nature de la procédure, « *lorsque dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux...* ». Toutes les procédures sont ainsi visées, que l'enfant soit partie ou seulement concerné par la procédure.

<sup>4</sup> Voir *infra* n° 569 et s.

<sup>5</sup> C. Neirinck, « De Charybde en Scylla l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496, p. 99.

<sup>6</sup> C. Neirinck, art. préc., p. 100.

<sup>7</sup> J. Hauser « opposition d'intérêts et administrateur *ad hoc* », *RTDciv.* 1999, p. 602. J. Massip, *Les incapacités (étude théorique et pratique)*, Defrénois 2002, n° 18 pp. 58-59 ; *Droit de la famille*, sous

traditionnelle de la notion d'opposition d'intérêts<sup>1</sup> ne peut ainsi trouver à s'appliquer pleinement dans les procédures relatives à l'autorité parentale. En effet, dans le cadre de ces procédures, il ne peut être question que de « *divergences d'appréciation de ce que requiert l'intérêt de l'enfant* »<sup>2</sup> voire d'intérêts distincts, or il est établi que ces critères n'autorisent pas la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant<sup>3</sup>.

**569.** Dans les procédures relatives à l'autorité parentale, la décision du juge est fondée sur l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt se trouve alors au cœur de la discussion entre les parties et de leurs prétentions. Ainsi, sauf à admettre que l'opposition d'intérêts entre les parents fasse supposer l'opposition d'intérêts avec l'enfant<sup>4</sup>, il ne semble pas y avoir de place dans ces procédures pour l'application de cette notion. Cette position nous semble par ailleurs tout aussi fragile que celle qui tend à admettre qu'en présence d'un accord parental l'opposition d'intérêts avec l'enfant est impossible.

**570.** Le fait pour le juge de statuer dans l'intérêt de l'enfant implique que l'intérêt des parents puisse céder face à celui de l'enfant. Aussi, ce n'est pas de leur intérêt dont il sera question dans la procédure, mais bien de la possibilité pour eux d'exercer les droits qui leur ont été reconnus dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, dans le conflit entre parents et enfant, ce ne sont pas deux intérêts qui s'opposent ; seuls s'opposent un intérêt, celui de l'enfant, et l'exercice de droits-fonction par les parents<sup>5</sup>. Aujourd'hui, l'effacement progressif dans l'esprit des textes<sup>6</sup> de l'idée selon laquelle l'exercice des droits parentaux puisse aussi servir les

---

la direction de J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001/2002 n° 2112, p. 763. *Contra* voir A. Gouttenoire-Cornut note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 23 février 1999, *Dr fam.* 1999 comm. n° 146 ; A. Gouttenoire-Cornut, « L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale », *Dr fam.* 1998, chron., n° 6, p.6.

<sup>1</sup> Il est en effet rappelé que les textes relatifs à la désignation d'un administrateur *ad hoc* ont vocation à s'appliquer, « *lorsqu'il y a divergence d'intérêts, mais non divergence d'appréciation sur ce que requiert l'intérêt de l'enfant* », *J-Cl. Civil, fasc. 720 : Minorité*, n° 127.

<sup>2</sup> *J-Cl. Civil, fasc. 720 : Minorité*, n° 127.

<sup>3</sup> Voir sur ce point P. Salvage-Gerest, *J. Cl. Civil art 389 à 392, fasc. 2*, n° 29, cité par C. Neirinck, « De Charybde en Scylla l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496 page 100 note 7. Voir également *J-Cl. Civil, fasc. 720 : Minorité*, n° 127. La circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant exige l'existence « *d'un intérêt divergent de celui de ses représentant légaux* », voir paragraphe IV.2.1.

<sup>4</sup> Voir en ce sens A. Gouttenoire-Cornu note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 23 février 1999, *Dr fam.* 1999, comm n° 146, p. 20. L'auteur affirme qu'il « *est en effet possible de considérer que l'opposition d'intérêts existant entre les parents constitue une opposition d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux* ».

<sup>5</sup> Cette idée est encore renforcée par la rédaction du nouvel article 371-1 du Code civil en vertu duquel : « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ».

<sup>6</sup> La nouvelle rédaction de l'article 371-1 du Code civil, introduite dans le Code civil par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, consacre pleinement cette évolution. Cet article dispose en effet dans son alinéa premier : « *L'autorité parentale est un ensemble de droit et de devoir ayant pour finalité l'intérêt de*

intérêts des parents, fait obstacle à la reconnaissance d'une opposition d'intérêts avec l'enfant. L'intérêt mis en avant par le parent pour soutenir sa prétention n'est jamais le sien propre mais celui de l'enfant. L'idée que l'intérêt de l'enfant, qui fonde la prétention des parties et qui ne doit pas être confondu avec leur intérêt propre, puisse être en opposition avec l'intérêt de l'enfant concerné par la procédure ne peut convaincre. Force est de reconnaître qu'il ne peut s'agir ici que d'une divergence dans l'appréciation de cet intérêt et non d'une opposition d'intérêts au sens strict. Tout au plus peut-on admettre, si opposition il y a, qu'elle existe entre les différentes formes que peut revêtir l'intérêt de l'enfant <sup>1</sup> et non entre cet intérêt et celui de ses parents.

**571.** L'idée que l'institution de l'administrateur *ad hoc* est actuellement régie par la confusion, et qu'il est regrettable de vouloir lui faire jouer un rôle dans les procédures relatives à l'autorité parentale, se répand aujourd'hui dans la doctrine <sup>2</sup>. La distinction entre l'exercice des pouvoirs d'administration légale et ceux d'autorité parentale doit être clairement réaffirmée. Ceci nous permettrait alors de repenser le rôle de l'administrateur *ad hoc* avec la rigueur qu'impose son fonctionnement. Ainsi son domaine d'intervention redeviendrait limité au domaine de l'administration légale qui recouvre un domaine déjà bien vaste de droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux <sup>3</sup>. Ceci sans compter qu'aux causes objectives d'opposition d'intérêts viennent s'ajouter d'autres causes qualifiées de subjectives par le professeur Fossier : « *la partialité, la chicane, l'inertie* » <sup>4</sup> qui entrent désormais dans le champ d'application des articles 388-2 et 389-3 du Code civil.

**572.** Pour tout ce qui touche à la personne de l'enfant ainsi qu'aux conditions d'exercice de l'autorité parentale, il conviendrait d'achever enfin la construction législative entreprise, plutôt que de tenter de remédier au problème du conflit entre les parents et l'enfant par des mécanismes inappropriés. Ceci passe nécessairement par une intervention du législateur qui donnerait à l'enfant

---

*l'enfant* ». Les droits qui sont reconnus aux parents ne peuvent s'exercer que pour la satisfaction de l'intérêt de l'enfant et non le leur. Il est ainsi désormais impossible de conclure à l'existence d'une opposition d'intérêts avec l'enfant dans l'exercice par les parents de leur droit d'autorité parentale.

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 435 et plus particulièrement sur ce point la théorie du professeur Eekelaar. J. Eekelaar, « The emergence of children's rights », OJLS (1986) 170. L'auteur met en évidence la pluralité de la notion d'intérêt de l'enfant, qui peut prendre la forme du « *basis interest* », du « *developmental interest* » et de l'« *autonomy interest* ». L'auteur insiste alors sur le fait que chacune de ces différentes formes que peut revêtir l'intérêt de l'enfant peut potentiellement entrer en conflit avec les autres.

<sup>2</sup> Voir notamment C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 900.

<sup>3</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 6 novembre 1985, *Bull. civ.*, I, n° 291.

<sup>4</sup> T. Fossier note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 janvier 1999, *Dr. fam.* 1999 comm. n° 58 p. 20 ; *Juris-Data* n° 00037.

discernant la possibilité, le droit, d'être à l'origine d'une remise en cause des modalités d'exercice de l'autorité parentale sur sa personne. L'intérêt de l'enfant non doué de discernement <sup>1</sup> est à nos yeux suffisamment protégé par l'obligation faite au juge de veiller à sa protection <sup>2</sup>. L'intervention d'un administrateur *ad hoc* pour représenter son intérêt ne fait qu'ajouter à la confusion sans pour autant avoir démontré son efficacité dans ces procédures <sup>3</sup>, aussi elle ne nous semble pas souhaitable.

**573.** La possibilité pour l'enfant d'être à l'origine d'une modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale doit être reconnue, à l'instar de ce qui est prévu en ce domaine par les systèmes anglais et écossais <sup>4</sup>. *De lege ferenda*, ce droit ne pourrait être mis en œuvre que par l'enfant doué de discernement et devrait s'accompagner de la remise en cause du pouvoir de représentation légale en ce domaine <sup>5</sup>. La capacité procédurale de l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale mérite d'être affirmée. Ceci ne veut pas dire capacité sans contrôle ; comme le préconise le groupe de travail dirigé par le professeur Rubellin-Devichi, nous pouvons fort bien imaginer que l'exercice de cette capacité procédurale soit soumis à l'autorisation du juge <sup>6</sup> ou au contrôle du ministère public <sup>7</sup>.

**574.** À l'heure actuelle, le développement de l'institution de l'administrateur *ad hoc* dans les procédures relatives à l'autorité parentale, voire en lieu et place d'un avocat dans les procédures d'assistance éducative <sup>8</sup>, ne fait que confirmer la dérive paternaliste de cette institution. Faute pour la loi de reconnaître à l'enfant des droits en ce domaine, l'administrateur *ad hoc* est utilisé comme un remède à cette carence, alors qu'il ne peut pallier qu'un défaut de capacité. Personne n'a rien à gagner à laisser la confusion et les dérives se poursuivre et surtout pas l'enfant.

---

<sup>1</sup> Ici est entendue son incapacité mentale de formuler des souhaits pour lui-même.

<sup>2</sup> En vertu de l'article 373-2-6 du Code civil, le juge aux affaires familiales doit veiller spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 577.

<sup>4</sup> Voir *infra* n° 871.

<sup>5</sup> *De lege ferenda*, ce droit reconnu à l'enfant ne devrait pouvoir être exercé que par lui seul, en excluant toute représentation, les parents disposant déjà à titre personnel du droit de solliciter la modification des mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale en vertu de l'article 373-2-13 du Code civil.

<sup>6</sup> Voir les conclusions de la Conférence de la famille 1996, La famille aujourd'hui, *Droit de la famille*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001/2002, n° 2111, p. 763.

<sup>7</sup> Cf *infra* la capacité procédurale reconnue au mineur salarié en droit français, n° 866 et s.

<sup>8</sup> Sur ces dérives voir C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 901. Voir également G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 664, p. 371.

**575.** Dans les procédures relatives à l'autorité parentale, dès lors que l'enfant aura eu la possibilité de faire entendre sa volonté dans le conflit par le biais d'une audition, un représentant *ad hoc* de son intérêt qui ne dispose pas de plus de pouvoirs qu'un simple rapporteur ou que l'enfant lui-même<sup>1</sup>, ne lui est d'aucune utilité<sup>2</sup>. Dans ces procédures dès lors qu'un conflit s'élève entre ce que souhaitent les parents ou l'un d'eux et ce que souhaite l'enfant, raisonner en termes d'opposition d'intérêts est stérile. Le juge saisi de l'affaire est, quoi qu'il advienne, le protecteur de l'intérêt de l'enfant et il statuera dans le sens de cet intérêt qui peut nécessiter, au gré des faits de l'espèce, que la volonté de l'enfant cède devant les prérogatives parentales et vice-versa.

**576.** Dans les procédures concernant l'enfant, écarter l'intervention de l'administrateur *ad hoc* des procédures civiles relatives à l'autorité parentale participerait au retour d'une certaine cohérence dans l'articulation des différents fondements de sa désignation. La dualité de la fonction de représentation *ad hoc* de l'enfant<sup>3</sup> n'est pas néfaste si elle ne participe pas à la confusion<sup>4</sup>. Exclure les problèmes liés à l'exercice de l'autorité parentale du domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc* au civil permettrait d'établir une distinction claire et efficace entre ses missions au civil et au pénal. Le domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc* civil redeviendrait exclusivement celui de l'administration légale et de la protection du patrimoine de l'enfant. Intervenir dans le domaine de l'autorité parentale et de la protection de la personne de l'enfant serait alors réservé à l'administrateur *ad hoc* pénal, en vertu des dispositions du nouvel article 706-50 du Code de procédure pénale<sup>5</sup>. La dualité des fondements d'intervention de l'administrateur *ad hoc* ne remet pas en question l'identité des pouvoirs attachés à la réalisation de sa mission : la représentation ponctuelle de l'enfant. Réserver le

---

<sup>1</sup> Voir *infra* n° 577 et s.

<sup>2</sup> Conclusion à laquelle nous conduit Mme le professeur Gouttenoire. Voir A. Gouttenoire, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ famille*, novembre 2003, p. 372. L'auteur en arrive à la conclusion suivante : « Lorsque l'enfant est doué de discernement la représentation de ses intérêts par un administrateur *ad hoc* est semble-t-il peu utile même si rien dans les textes n'interdit le cumul de l'audition du mineur et la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour représenter les intérêts de celui-ci ». Nous serions tentés d'étendre cette conclusion à tous les enfants quelle que soit leur capacité de discernement dans la mesure où un rapport au juge de ses souhaits et sentiments nous semble tout aussi pertinent et utile que la représentation de son intérêt par un administrateur *ad hoc*, qui dans les procédures relatives à l'autorité parentale ne disposera pas de plus de pouvoirs qu'un simple rapporteur. Si l'enfant est incapable de formuler un souhait ou d'exprimer ses sentiments, tel un enfant en bas âge, la protection de son intérêt sera en principe suffisamment garantie par le contrôle du juge.

<sup>3</sup> Consacrée par la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989.

<sup>4</sup> Pour plus de détails sur l'articulation entre les différents fondements de la désignation de l'administrateur *ad hoc* voir *infra* n° 745 et s.

<sup>5</sup> Sous réserve d'une interprétation extensive du domaine d'application de cet article. Voir *infra* n° 745 et s.

domaine de l'autorité parentale à l'administrateur *ad hoc* pénal se justifie d'autant plus que son action au civil dans ce domaine se révèle être inefficace.

*b. L'inefficacité de la représentation ad hoc de l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale*

**577.** La mission de l'administrateur *ad hoc* est une mission de représentation <sup>1</sup> d'origine judiciaire <sup>2</sup>. La désignation d'un administrateur *ad hoc* opère à l'égard de l'enfant substitution de représentant ce qui, compte tenu de l'atteinte que cela constitue aux pouvoirs de représentation légale accordés aux titulaires de l'autorité parentale, exclut tout pouvoir général de représentation <sup>3</sup>. Ainsi, la mission de l'administrateur *ad hoc*, qui revêt toujours un caractère ponctuel <sup>4</sup>, est définie très précisément par celui qui le nomme <sup>5</sup>, juge des tutelles ou juge saisi de l'instance <sup>6</sup>. Il appartiendra alors au juge, dans le cadre de l'ordonnance de désignation, de nommer les actes qu'il souhaite voir accomplis par l'administrateur *ad hoc* au nom du mineur <sup>7</sup>.

**578.** Il appartient au juge de rester vigilant dans la rédaction de son ordonnance, afin de ne pas laisser accroire que l'administrateur *ad hoc* a en son pouvoir, en raison de l'origine judiciaire de sa désignation, d'exercer des droits qui n'ont pas été reconnus à l'enfant par la loi. L'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation, en date du 9 février 2001 <sup>8</sup>, est également riche d'enseignements à ce titre. Il apparaît en effet dans cette affaire, que le juge mandatait expressément l'administrateur *ad hoc* pour la réalisation d'actes de procédure pour lesquels

---

<sup>1</sup> Article 388-2 du Code civil.

<sup>2</sup> Voir sur ce point, G. Favre-Lanfray, *La représentation ad hoc de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, p. 287, *contra* voir F. Ghelfi-Tastevin, *L'administrateur ad hoc du mineur : une promotion inachevée*, *Petites Affiches* 13 mars 1993, n° 61, p. 11. Voir également J. Hauser, « L'enfant contre ses parents : l'opposition d'intérêts ne crée pas un intérêt justifiant la tierce opposition », *RTDciv.* 2001, n° 7, p. 333. Pour ces auteurs la représentation exercée par l'administrateur *ad hoc* est de nature légale.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 745 et s.

<sup>4</sup> Voir notamment C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 900.

<sup>5</sup> Voir notamment sur le contenu de la mission de l'administrateur *ad hoc*, F. Ghelfi-Tastevin, *L'administrateur ad hoc du mineur : une promotion inachevée*, *Petites Affiches* 13 mars 1993, n° 59, p. 10.

<sup>6</sup> Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, partie IV, article 2-2.

<sup>7</sup> C. Neirinck, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G*, I, 3496, p. 100.

<sup>8</sup> Voir *infra* n° 581.

l'enfant ne disposait pas de la capacité de jouissance <sup>1</sup>. La rédaction en des termes rigoureux et précis de l'ordonnance de désignation de l'administrateur *ad hoc* est indispensable à son bon fonctionnement <sup>2</sup>. Cette rigueur s'impose d'autant plus que les administrateurs *ad hoc* ne sont pas nécessairement des juristes <sup>3</sup> et qu'ils peuvent légitimement se croire autorisés à exécuter certains actes au nom de l'enfant, dès lors qu'un mandat judiciaire en ce sens leur aura été donné.

**579.** Dans les procédures pour lesquelles le mineur dispose d'un droit subjectif autonome <sup>4</sup>, la détermination de la mission de l'administrateur *ad hoc* ne pose pas véritablement de difficulté. Il sera désigné pour représenter le mineur à l'acte juridique ou à l'acte de procédure nécessaires à la réalisation de son droit subjectif <sup>5</sup>. La difficulté naît lorsqu'il est question de déterminer la mission et les pouvoirs de l'administrateur *ad hoc* dans les procédures pour lesquelles l'enfant ne dispose pas de droit subjectif autonome, et plus particulièrement celles qui sont relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale.

**580.** La désignation d'un administrateur *ad hoc* dans une procédure constitue une atteinte au pouvoir de représentation légale exercée par l'administrateur légal. Autoriser la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale c'est porter atteinte au

---

<sup>1</sup> L'administrateur *ad hoc* avait reçu mandat dans cette affaire, « *de représenter Carole 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 ces parents* », M. Bruggeman « Droit d'action du mineur et administrateur *ad hoc*, note sous Cour de cassation, Chambre mixte 9 février 2001 », *RDSS* 2001, 841. Il semble évident que le mandat n'aurait jamais dû être formulé en ces termes, dans la mesure où la jeune fille ne disposait pas du droit subjectif d'engager une action visant à organiser le droit de visite et d'hébergement. Ces éléments sont constitutifs des modalités d'exercice de l'autorité parentale, et les termes de l'ancien article 374 du Code civil étaient clairs sur ce point, le juge aux affaires familiales ne pouvait être saisi d'une requête visant à obtenir une modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale qu'à la demande « *du père, de la mère ou du ministère public* ».

<sup>2</sup> Voir sur ce point G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 463, p. 279. L'auteur a en effet pu mettre en évidence, dans la pratique, le manque de rigueur de certains magistrats dans la rédaction de leurs ordonnances de désignation. L'auteur regrette notamment que « *nombre de désignations ne visent aucun texte légal, soit en raison d'une interprétation très extensive de la loi, soit d'une difficulté d'application de la loi ou tout simplement d'un oubli. D'autres visent un texte abrogé ou une mauvaise disposition* ».

<sup>3</sup> En vertu de l'article 1210-1 du NCPC, l'administrateur *ad hoc* peut être choisi « *au sein de la famille ou parmi les proches du mineur* » et quand bien même il serait choisi « *parmi les personnes figurant sur la liste prévue à l'article R. 53 du CPP* », il est seulement requis pour y figurer que la personne doive « *s'être signalée depuis un temps suffisant par l'intérêt qu'elle porte aux questions de l'enfance et par sa compétence* » (art. R. 53 CPP).

<sup>4</sup> Pour plus de détails sur la mission de l'administrateur *ad hoc* dans ces procédures voir *infra*.n° 745 et s.

<sup>5</sup> La nature du droit subjectif du mineur est indifférente, il peut s'agir d'un droit de nature patrimoniale ou extra-patrimoniale. La compétence de l'administrateur *ad hoc* dans les procédures de nature extra-patrimoniale a été consacrée par la loi du 8 janvier 1993 et l'introduction dans le Code civil de l'article 388-2 du Code civil. Les procédures relatives à la filiation de l'enfant, à son nom de famille ou à son prénom sont des procédures extra-patrimoniales dans lesquelles l'enfant dispose d'un droit subjectif autonome à faire valoir.

cœur même du pouvoir d'autorité parentale, à savoir la relation entre les parents et l'enfant, au sens strict du terme, et sa continuation ; domaine jusqu'alors réservé à l'assistance éducative. La Cour de cassation, peu de temps après avoir timidement affirmé la possibilité de nommer un administrateur *ad hoc* à l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale <sup>1</sup>, a mis fin aux espoirs de représentation utile de l'intérêt de l'enfant par l'administrateur *ad hoc* dans ces procédures.

**581.** En effet, dans un arrêt du 9 février 2001 <sup>2</sup>, la chambre mixte de la Cour de cassation a confirmé le principe selon lequel l'administrateur *ad hoc* « *ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente* ». Si l'administrateur *ad hoc*, tout comme l'administrateur légal, dispose en raison de sa fonction de plus de pouvoirs que le mineur qu'il représente, il ne saurait avoir plus de droits que ce dernier. La fonction d'administrateur *ad hoc* ne fait que pallier un défaut de capacité d'exercice et non un défaut de capacité de jouissance.

**582.** L'administrateur *ad hoc* pour la réalisation de sa mission entre dans les pouvoirs de la personne à laquelle il se substitue, à savoir l'administrateur/représentant légal du mineur <sup>3</sup>. Dans le domaine particulier de l'autorité parentale et notamment dans cette affaire, le représentant légal, parent de l'enfant et *a fortiori* l'administrateur *ad hoc*, ne disposait pas de la capacité d'agir au nom de l'enfant afin de faire échec aux dispositions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale. En l'état actuel de la législation française, il ne peut pas plus, au nom de l'enfant, demander en justice leur modification. Pour ces actions, les parents sont titulaires d'un droit à agir qui leur appartient en propre, et c'est à titre personnel seulement qu'ils pourront les engager.

**583.** C'est sans doute là que réside le nœud du problème. L'enfant ne dispose pas de droit substantiel à agir en matière d'autorité parentale. L'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 9 février 2001 est très clair sur ce point : « *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* ».

**584.** Ainsi, l'action d'un administrateur *ad hoc* dans les procédures relatives à l'autorité parentale se trouve privée de légitimité et d'efficacité.

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 577 et s.

<sup>2</sup> Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *J.C.P. G* 2001, II, 10514 note Fossier ; *RJPF* avril 2001, 21 note P. Guerder ; *RJPF* juin 2001, 6, note J. Hauser ; *Dr. fam* mai 2001, 22 note A. Gouttenoire-Cornut ; J. Hauser, « L'enfant contre ses parents : l'opposition d'intérêts ne crée pas un intérêt justifiant la tierce opposition », *RTDciv.* 2001, 333, n° 7 ; M. Bruggeman « Droit d'action du mineur et administrateur *ad hoc*, note sous Cour de cassation, Chambre mixte 9 février 2001 », *RDSS* 2001, 833.

<sup>3</sup> Voir notamment sur ce point G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » du mineur*, thèse Grenoble 2, 2000, para. 676 et s., pp. 379 et s.

L'administrateur *ad hoc* assure la représentation de l'enfant à l'action<sup>1</sup>, or, ce dernier n'est titulaire d'aucun droit d'action en matière d'autorité parentale. Dans les procédures où l'enfant concerné ne dispose pas de droit substantiel autonome, il est illusoire de penser que ses intérêts seront mieux représentés en justice par un administrateur *ad hoc* que s'ils l'étaient directement par l'enfant lui-même dans le cadre de son audition.

**585.** Dans les procédures relatives à l'autorité parentale, le meilleur garant de l'intérêt de l'enfant reste le juge. Il lui appartient spécialement d'assurer sa protection en vertu de l'article 373-2-6 du Code civil<sup>2</sup>, et ce contrôle doit être encore plus vigilant dès lors que l'enfant ne dispose pas de la capacité de discernement. Ainsi, dans ces procédures, une place prépondérante doit être accordée à la voix de l'enfant, entendu soit directement soit par une personne spécialement désignée, en tant qu'élément permettant au juge de rendre une décision dans l'intérêt de l'enfant. À défaut d'accorder à l'enfant le droit d'intervenir dans les procédures relatives à l'autorité parentale, rien ne sert de lui donner un représentant sans pouvoir, c'est le recueil de ses souhaits et sentiments qu'il faut garantir.

**586.** L'adoption de la loi du 4 mars 2002<sup>3</sup> aurait pu être l'occasion de repenser la place de l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale. Le refus d'intervention du mineur dans ces procédures était fondé sur leur caractère attitré, tel que le prévoyaient les anciens articles 289, 291 et 374 du Code civil<sup>4</sup>. Au cours de navette parlementaire, les débats relatifs aux nouveaux articles 373-2-8 et 373-2-13 du Code civil, qui organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale, ont porté sur l'opportunité d'ouvrir l'action en modification de ces modalités à « *un membre de la famille* »<sup>5</sup>. La mise en œuvre de cette action, dont les grands-parents se trouvaient trop ouvertement titulaires, et qui rendait possible une immixtion trop importante dans les décisions du couple en raison du pouvoir

---

<sup>1</sup> M. Bruggeman « Droit d'action du mineur et administrateur *ad hoc*, note sous Cour de cassation, Chambre mixte 9 février 2001 », *RDSS* 2001, p. 842.

<sup>2</sup> L'article 373-2-6 al. 1<sup>er</sup> du Code civil dispose : « *Le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises (...) en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* ».

<sup>3</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>4</sup> Ces articles ont été abrogés par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>5</sup> L'article 372-7 (renuméroté par le Sénat 373-2-13) soumis au débat dans la proposition de loi initiale disposait : « *Les dispositions contenues dans la convention homologuée ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge à la demande des ou d'un parent, d'un membre de la famille ou du ministère public* ». Pour les détails de l'adoption de la proposition de loi relative à l'autorité parentale voir le dossier législatif correspondant sur le site de l'Assemblée nationale : [www.assemblee-nationale.fr/dossiers/autorite\\_parentale.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/dossiers/autorite_parentale.asp)

de saisine directe du juge aux affaires familiales qui leur était conféré<sup>1</sup>, a été modifiée en deuxième lecture par l'Assemblée nationale. Si le filtre du ministère public s'avérait indispensable, la substitution du terme de « *tiers* » à celui de « *membre de la famille* » s'est faite au détriment de l'évolution des droits procéduraux de l'enfant.

**587.** La référence au membre de la famille dans chacun de ces nouveaux articles<sup>2</sup> ouvrait sans conteste la demande à l'enfant ; ce que le terme de « *tiers* » qui lui a été substitué ne permet pas d'envisager. S'il apparaît clairement au cours des débats parlementaires que la possibilité de saisine du ministère public doit être ouverte à l'enfant<sup>3</sup>, ce but ne pourra pas être achevé par les dispositions nouvelles. Désormais, le Code civil ouvre l'action en modification des décisions relatives à l'autorité parentale aux parents et au ministère public, ce dernier peut être « *lui-même saisi par un tiers parent ou non* »<sup>4</sup>. La notion de tiers reste à préciser, mais si elle renvoie à l'évidence en premier lieu aux grands-parents et aux beaux-parents de l'enfant, force est de reconnaître que l'enfant concerné par les mesures d'autorité parentale ne pourra jamais être « tiers » par rapport à leur mise en œuvre.

**588.** Ainsi la loi nouvelle ne nous donne pas de moyens supplémentaires pour vaincre les réticences qui continueront d'exister quant au fait de garantir à l'enfant une place de poids dans les procédures relatives à l'autorité parentale, notamment en lui permettant d'être à l'origine d'une modification de ses modalités d'application. Le choix du terme « *tiers* », pour désigner les titulaires du droit de saisine du procureur de la République, était sans doute le moins approprié. Ce terme, en ouvrant la saisine du ministère public à quiconque, ferme irrémédiablement cette voie à l'enfant. Donner à l'enfant la possibilité de saisir le

---

<sup>1</sup> La Commission des lois a adopté un amendement du rapporteur Marc Dolez visant à la suppression de la possibilité pour un membre de la famille de saisir directement le juge aux affaires familiales afin que celui-ci statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Le rapporteur a en effet observé « *qu'il n'appartenait pas aux grands-parents d'intervenir dans la vie d'un couple fût-ce dans l'exercice de l'autorité parentale* ». La protection de l'intérêt de l'enfant étant par ailleurs suffisamment assurée par la possibilité offerte à quiconque « *en cas de difficulté majeure mettant en danger les intérêts de l'enfant* » de « *saisir le ministère public qui conserve en tout état de cause la faculté de saisir le juge aux affaires familiales* ». Pour plus de détails sur ce débat, voir l'examen de la proposition de loi par l'Assemblée nationale, réunion du 5 décembre 2001 : [www.assemblee-nationale.fr/cr-cloi/01-02/c0102013.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/cr-cloi/01-02/c0102013.asp)

<sup>2</sup> Articles 373-2-8 et 373-2-13 du Code civil.

<sup>3</sup> Lors de la discussion de la loi en séance publique du mardi 11 décembre 2001, Madame S. Royal, alors Ministre déléguée à la famille, face à la volonté de supprimer la possibilité d'ingérence d'un membre de la famille dans le conflit parental, souhaitait renforcer l'information sur le rôle qui pouvait être joué par le ministère public, celui-ci peut notamment « *être avisé par toute personne, membre de la famille ou non, y compris par l'enfant mineur, d'une situation difficile pour l'enfant. Il peut s'il l'estime opportun saisir le juge civil des affaires familiales qui pourra notamment modifier les conditions d'hébergement de l'enfant* ». J.O. 12 décembre 2001, p. 9234.

<sup>4</sup> Articles 373-2-8 et 373-2-13 nouveaux du Code civil.

ministère public et ce sans détour aurait été une action forte mais raisonnée vers un véritable statut procédural de l'enfant concerné. Ce droit de saisine est par ailleurs bien en deçà des possibilités qui existent dans d'autres législations et notamment de la procédure d'autorisation à assigner mise en place par le droit anglais au profit de l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale <sup>1</sup>.

**589.** Accepter que l'enfant, premier concerné par la mesure, puisse au même titre que tout « *tiers parent ou non* » solliciter, même indirectement, une modification des dispositions relatives à l'autorité parentale enlèverait, de plus, à la confusion actuelle régnant sur l'organisation de la représentation *ad hoc* de l'enfant <sup>2</sup>. Cette représentation dans les procédures relatives à l'autorité parentale deviendrait, au même titre que dans le cadre de l'assistance éducative, totalement inutile, dans la mesure où l'enfant disposerait d'un droit à agir que lui seul saurait exercer. *De lege ferenda* la mise en œuvre de ce droit de saisine serait réservée au mineur capable de discernement, le contrôle de l'existence d'une telle capacité étant directement assuré par le ministère public.

**590.** Quant à la question d'une éventuelle manipulation de l'enfant par ses parents, celle-ci perdra de sa pertinence dans la mesure où nous serons alors face à des droits qui s'exercent concurremment. Le parent qui souhaite obtenir une modification de la mesure relative à l'autorité parentale a déjà qualité pour agir en son nom propre. La position actuelle qui n'offre au mineur que la possibilité de demander à l'un de ses parents de saisir le juge pour modification est beaucoup moins claire sur ce point ; comment distinguer alors la volonté du parent de celle de l'enfant ? Aujourd'hui la confusion régnant dans la mise en œuvre du mécanisme de représentation *ad hoc* du mineur, et notamment la volonté de lui faire jouer un rôle dans les procédures relatives à l'autorité parentale <sup>3</sup>, participe de sa faiblesse.

---

<sup>1</sup> L'autorisation judiciaire d'assigner existe en droit anglais notamment, où l'enfant peut, sous réserve d'y avoir été autorisé par le juge (*leave of the court*), demander en justice une modification de l'ordonnance de la section 8 prise à son égard. Section 10(8) du *Children Act 1989*. « *Where the person applying for leave to make an application for a section 8 order is the child concerned, the court may only grant leave if it is satisfied that he has sufficient understanding to make the proposed application for the section 8 order* ». Il est sous entendu ici en vertu de la section 8(3) que ces dispositions s'appliquent également aux demandes de modification et de fin d'application d'une ordonnance de la section 8. Voir *infra* n° 871 et s.

<sup>2</sup> Voir *supra* n° 577.

<sup>3</sup> C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 900.



## *Conclusion du Titre I*

**591.** Dans les trois systèmes étudiés, le mineur concerné par la procédure de voit reconnaître le droit d'être consulté. La consultation de l'enfant dans les procédures qui le concernent constitue la mise en œuvre directe du principe posé par l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Si les trois systèmes se rejoignent quant aux conditions qui autorisent l'enfant concerné à participer à la procédure, la forme de cette consultation, ou encore ses effets, varient selon les systèmes.

**592.** Ainsi, dans les trois systèmes étudiés, les procédures qui concernent l'enfant sont celles qui touchent à l'organisation de son mode de vie, à l'exercice de l'autorité parentale ainsi qu'à sa protection. Néanmoins les effets de cette audition, et notamment le statut que celle-ci confère à l'enfant, sont différents d'un système à l'autre. Le droit français conserve ici la particularité de ne pas faire bénéficier l'enfant entendu du statut de partie à la procédure. Dans ce système, l'enfant concerné se voit alors placé au cœur de la procédure, sans pour autant bénéficier des pouvoirs procéduraux qui lui permettraient d'exercer une voie de recours contre la décision prise par le juge. Ce statut hybride reste néanmoins justifié par des considérations attachées à l'absence de droit subjectif pour l'enfant, et donc de qualité pour agir dans ces procédures. Là réside sans doute aujourd'hui la pierre d'achoppement. Pourrons-nous encore longtemps refuser à l'enfant doué de capacité naturelle, un droit d'action autonome dans les domaines qui le concernent ? L'écran de la représentation en matière procédurale produit des effets excessifs lorsqu'elle s'applique aux grands adolescents. Il ne nous semble pas inimaginable, ni infondé, de donner à l'enfant dont la position ne serait pas défendue par l'un de ses parents, ou encore qui souhaiterait voir modifier une disposition prise à son égard dans sa petite enfance, le pouvoir de saisir le juge en ce sens. La place de chacun se trouverait renforcée et les représentants légaux de l'enfant ne pourraient plus alors se voir soupçonnés de tenter de remettre de l'huile sur le feu, lorsqu'ils se font l'écho de leur ado devant le juge.

**593.** En droit français, l'une des difficultés majeure, au regard de l'audition de l'enfant, réside dans l'accès du mineur à la connaissance de son droit à être entendu. En effet, il apparaît que le conflit parental est bien souvent un élément

déterminant de la possibilité pour l'enfant d'exercer son droit à être entendu. L'audition de l'enfant suppose qu'une procédure le concernant ait, au préalable, été engagée ; faute de quoi l'enfant ne dispose pas d'un droit à être entendu. En conséquence, un conflit parental doit exister pour que l'enfant ait des chances d'exercer le droit qui est le sien. L'accord parental en la matière coupe court à toute initiative de l'enfant, ceci en contravention totale avec l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Il conviendrait, à l'instar du droit écossais, d'instaurer une information systématique de l'enfant de l'existence du droit pour lui à être entendu dans le cadre d'une procédure qui le concerne.

**594.** Le droit écossais nous apparaît à ce titre, être le système le plus respectueux de la personne de l'enfant et de son identité. En effet, l'introduction d'une instance concernant l'enfant lui est sauf exception notifiée. L'enfant est par conséquent, dans la plus grande majorité des cas, informé de l'existence de l'instance. Par ailleurs, cette information est également l'occasion de solliciter son avis sur le principe même de son audition par le juge. À cette fin, à la notification de la procédure sont joints des formulaires visant à informer l'enfant du fait que le juge peut être amené à l'entendre. Par ailleurs, l'enfant est invité au moyen de formules claires et simples à devancer cette audition et à informer le juge de la teneur de ses souhaits. Cette information est envoyée directement à l'enfant, et il est vrai qu'en pratique il est impossible de garantir qu'elle l'atteindra effectivement. Toutefois, ce procédé nous semble à la fois le minimum attendu et le maximum qui puisse être fait, en matière d'information de l'enfant de son droit à donner son avis.

**595.** En droit anglais, le recueil des souhaits et sentiments de l'enfant est une obligation pour le juge, aussi la question de son opportunité ne se pose pas de la même manière que dans les droits français et écossais. En droit français, l'absence d'obligation faite au juge en ce domaine nous apparaît compensé par le pouvoir d'initiative donné à l'enfant. En droit écossais, si le recueil des sentiments de l'enfant n'est pas automatique, l'opportunité est toujours donnée à celui-ci de s'exprimer selon son désir. Ainsi, l'opportunité de la consultation de l'enfant apparaît principalement déterminée par sa faisabilité. Dans les droits français et écossais, la maturité de l'enfant, ou au moins sa faculté à formuler une opinion qui lui soit propre, apparaît avec évidence comme le critère déterminant de l'audition ; ce en dépit des difficultés inhérentes à son utilisation par les juges.

**596.** Dans les trois systèmes étudiés, pour la détermination de l'opportunité de l'audition, l'âge de l'enfant est un critère secondaire qui n'entre pas en premier lieu en ligne de compte, même s'il peut parfois être déterminant. Le droit écossais a, une fois encore, fait preuve d'innovation en ce domaine, en associant le critère de l'âge et celui de la maturité de manière à ouvrir le plus largement possible l'opportunité de l'audition. En effet, le droit écossais ouvre l'opportunité de la consultation aux enfants matures tout en conjugant cette exigence à une présomption de maturité en faveur des mineurs de douze ans. Ainsi, le juge écossais conserve la possibilité d'entendre un enfant de moins de douze ans qu'il aura estimé doué de discernement et l'audition de l'enfant de douze ans devient par ailleurs systématique. Il pourra néanmoins être fait échec à cette présomption simple par la preuve de l'absence de discernement et l'audition pourra être écartée par une décision spécialement motivée du juge. L'implication de l'enfant de douze ans dans la procédure n'est donc pas automatique et le jeu de cette présomption permet de gommer les effets les plus négatifs de la technique du seuil d'âge.

**597.** La maturité de l'enfant, et accessoirement son âge, apparaissent également comme des critères déterminants de l'importance qui va être accordée par le juge à l'opinion émise par l'enfant. Les trois systèmes étudiés se rejoignent dans l'idée que le poids de la décision ne saurait en aucune manière peser sur l'enfant. Toutefois, des sentiments exprimés avec conviction par un grand adolescent emporteront bien souvent la décision du juge dans la mesure où ceux-ci ne vont pas à l'encontre de son intérêt. L'âge de seize ans apparaît alors comme celui à compter duquel les juges sont davantage enclins à se conformer à la volonté de l'enfant.

**598.** En droit français, la réforme introduite par la loi du 5 mars 2007 <sup>1</sup> devrait permettre de voir disparaître les pratiques judiciaires de refus d'une audition sollicitée par le mineur. Désormais, l'enfant qui demandera à être entendu par le juge le sera, y compris lorsque ses souhaits apparaissent, à première vue, avoir déjà été relayés par l'un de ses parents ou encore avoir été recueilli dans le cadre d'une enquête sociale. L'audition est un droit de l'enfant, et en droit français c'est encore le seul dont ce dernier dispose dans le cadre des procédures le concernant.

---

<sup>1</sup> Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

Aussi, il appartient aux juges de faire en sorte que leurs pratiques ne le remettent pas en cause pour de mauvaises raisons.

**599.** Il est fort heureux que le droit européen y veille également et l'évolution annoncée par l'entrée en vigueur du Règlement Bruxelles II bis est plus que souhaitable. En effet, dans le cadre de ce Règlement communautaire l'audition de l'enfant, qui conditionne la force exécutoire de la décision rendue en matière de responsabilité parentale, est d'abord comprise comme une audition directe de l'enfant par le juge. Il nous semble que ce Règlement communautaire puisse avoir des effets considérables notamment en droit anglais, lequel ne pratique l'audition directe de l'enfant par le juge sur les questions qui le concernent que de manière très marginale.

**600.** En effet, une distinction très nette existe entre les droits français et écossais d'une part, et le droit anglais d'autre part, dans les techniques utilisées pour le recueil des sentiments de l'enfant concerné par la procédure. Si les droits français et écossais ouvrent largement la possibilité d'un contact direct entre le juge et l'enfant, que cette communication soit orale ou écrite, le droit anglais est en revanche très réticent à apporter sa caution à l'audition directe de l'enfant par le juge.

**601.** La mise en conformité des droits nationaux avec l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, n'impose pas que l'enfant soit personnellement entendu par le juge au cours de la procédure. Aussi, dans les trois systèmes étudiés, la consultation indirecte de l'enfant, par le truchement d'un rapporteur, apparaît comme le procédé de recueil des souhaits de l'enfant le plus utilisé par les juridictions. Néanmoins, en pratique les procédés de rapport au juge des sentiments de l'enfant apparaissent parfois peu conforme à l'esprit de la convention, et peu à même de garantir à l'enfant une place véritable dans la procédure. Ainsi, en droit français, les pratiques qui visent à faire de l'enquête sociale un outil de rapport au juge de la voix de l'enfant sont condamnables. En effet, le rapport au juge des sentiments de l'enfant doit être réalisé par une personne spécialement désignée à cet effet, ce qui est incompatible avec la réalisation d'une enquête sociale voire d'une mission de médiation auprès de la famille. Les travailleurs sociaux sont les yeux du juge sur le terrain, c'est une bonne chose et bien souvent, compte tenu d'impératifs économiques, c'est la seule solution envisageable. Néanmoins, en droit français leur mission mériterait d'être redéfinie

et l'incompatibilité de l'enquête sociale avec le rapport au juge des sentiments de l'enfant doit être reconnue.

**602.** En droit anglais, le rapport au juge de la voix de l'enfant par le biais du *welfare report* est la pratique habituellement utilisée par les tribunaux pour satisfaire à l'obligation d'audition de l'enfant. Aussi, la mission des *children and family reporter* a-t-elle été redéfinie, afin de donner toutes les garanties à l'expression de la volonté de l'enfant au sein du *welfare report*. Notamment, une prise de contact entre le rapporteur et l'enfant a été rendue impérative. Par ailleurs, la place accordée à la voix de l'enfant a été garantie par l'interdiction faite au *children and family reporter* qui a entrepris une démarche de médiation auprès de la famille, d'être l'auteur du *welfare report*. Cette incompatibilité dans les différentes missions entreprises par le *children and family reporter*, nous semble avoir été posée avec clairvoyance et être source d'inspiration pour le législateur français.

**603.** Une fois encore, le droit écossais nous apparaît être le système qui s'est le mieux donné les moyens de garantir la place de l'enfant dans les procédures qui le concernent. En effet, le *curator ad litem* sera le garant de la conformité de la procédure aux droits de l'enfant. Il lui appartiendra alors de veiller à ce que l'enfant soit informé de son droit à s'exprimer et soit mis en mesure de l'exercer.

**604.** Dans les trois systèmes étudiés, le critère de décision du juge qui statue dans une procédure qui concerne l'enfant est celui de son intérêt. Quel que soit le terme utilisé pour sa désignation c'est bien la même notion qui est protégée. Lorsqu'elle est comprise comme un standard, la notion d'intérêt de l'enfant se comparera avec davantage d'acuité à celle de « *best interests of the child* ». Toutefois, lorsque cette notion est envisagée comme un instrument juridique permettant la résolution de conflit de droits, en tant que critère de décision pour le juge, la notion d'intérêt de l'enfant ne peut être comparée qu'à celle de *welfare of the child*. Dans les droits anglais et écossais la notion de *best interest* apparaît ainsi comme le standard qui doit être retenu par les juges et celle de *welfare* comme l'outil, le guide, qui est mis à leur disposition pour accomplir leur tâche. En droit français, en revanche, un vocable identique est utilisé pour désigner les deux aspects que peut revêtir la notion d'intérêt de l'enfant, ce qui peut parfois semer le trouble lorsqu'il s'agit d'établir une comparaison.

**605.** De manière commune aux trois systèmes, il apparaît alors que l'intérêt de l'enfant est aujourd'hui compris comme un standard dont les contours sont

définis par la mise en œuvre du critère de décision que sont les notions d'intérêt et de bien-être de l'enfant. Pris en tant qu'outil de décision, l'appréciation de cette notion est réalisée *in concreto* par le juge au vu des éléments qui lui sont soumis. L'imprécision de ce critère, si elle rend difficile son utilisation, permet néanmoins au pouvoir modulateur du juge de s'exercer au plus juste. Si dans les droits français et écossais, seules la jurisprudence et la doctrine sont venues préciser les modalités d'application de la notion d'intérêt-*welfare* de l'enfant, en droit anglais, en revanche, le législateur a choisi de donner des lignes directrices aux juges.

**606.** Dans les droits français et écossais, des réticences existent vis-à-vis du système de guide mis en place par le juge anglais pour la détermination du bien-être de l'enfant. Il existe dans ces systèmes un rejet de ce qui pourrait s'apparenter à un traitement mécanique de la notion d'intérêt de l'enfant. Toutefois, si en droit français ce refus va jusqu'à donner au juge l'exclusivité dans la détermination de l'intérêt de l'enfant, le droit écossais a, quant à lui, adopté une solution médiane. Tout en rejetant le système des directives d'origine légale, tel qu'il existe en droit anglais, la doctrine écossaise a néanmoins précisé quels sont les éléments pertinents qui doivent entrer en ligne de compte dans la détermination du bien-être de l'enfant. Aucun de ces éléments pertinents ne permet à lui seul la détermination du bien-être de l'enfant, toutefois, ils permettent de donner à cet ensemble indéfini des contours bien déterminés.

**607.** En droit anglais, en revanche, le législateur a défini très précisément les éléments devant être pris en compte par le juge pour la détermination du bien-être de l'enfant. Cette liste a pour objectif d'harmoniser les pratiques judiciaires sans toutefois uniformiser les décisions de justice. La prise en compte, par le législateur, des spécificités attachées à certaines procédures, nous permet de rejeter la critique d'un traitement mécanique de la notion de bien-être de l'enfant dans ce système. En effet, il apparaît que les lignes directrices posées par l'*Adoption and Children Act 2002* diffèrent quelque peu de celles qui ont été posées par le *Children Act 1989*, afin de prendre en compte la particularité du bien-être de l'enfant dans le cadre de la procédure d'adoption.

**608.** Les lignes directrices ainsi mise en place par le législateur anglais laissent à nos yeux suffisamment de place à l'appréciation subjective des faits par le juge. L'efficacité de ces directives est réelle et leur utilisation s'étend en pratique bien au-delà de la sphère dans laquelle le législateur avait initialement prévu leur

utilisation. L'impact de ces directives et leur efficacité, se trouvent par ailleurs renforcés par l'exigence imposée aux juges de faire apparaître dans leurs motivations la vérification précise, *in concreto*, des éléments contenus dans la liste. Cette exigence nous apparaît la seule façon de donner à ces listes toute leur efficacité sans tomber dans un excès de précision qui nuirait à leur application au plus juste par les juges.

**609.** Cet effort de motivation imposé aux juges anglais, nous semble une voie raisonnable et un modèle inspirant pour les autres systèmes, dans la mesure où il contribue à une meilleure compréhension des décisions par les familles et par l'enfant et partant à leur meilleure application.

**610.** Dans les trois systèmes étudiés, la volonté de l'enfant apparaît comme l'un des éléments qui participe à la détermination de son intérêt par le juge. Dès lors que l'enfant devient acteur dans la détermination de son intérêt, et partant de la prise de décision le concernant, il apparaît plus que légitime que le juge, le décideur, dans ses motivations, redouble de pédagogie. Il nous semble aujourd'hui indispensable que la rédaction des décisions de justice qui concernent l'enfant, permettent véritablement de savoir quels sont les éléments qui ont emporté la décision du juge, et dont fait partie la volonté de l'enfant. Les parties et l'enfant, qui s'il n'est pas encore discernant au moment du jugement le deviendra, seront ainsi mis en mesure de comprendre que des considérations plus importantes, et notamment l'intérêt de l'enfant, l'ont alors emporté sur les souhaits qu'ils ont pu exprimer au cours de la procédure.

**611.** Le droit écossais accorde une place toute particulière à la volonté de l'enfant dans la détermination de son intérêt. En effet, si le juge l'estime nécessaire il pourra ordonner la tenue d'une audience spécifique, le *child welfare hearing*, exclusivement consacrée à la détermination de l'intérêt de l'enfant. Dans le cadre de cette audience, qui se déroule à huis-clos, le recueil des souhaits et sentiments de l'enfant est une obligation et l'enfant qui le désire pourra être présent à l'audience. La mise en place de ces audiences démontre, à nos yeux, la confiance que le législateur écossais a placée dans la capacité des juges à mener une audience adaptée à l'enfant, à laquelle il puisse être présent et participer activement. Ces audiences spécifiques sont pour nous source d'inspiration dans la mesure où elles contribuent à ouvrir une parenthèse dans la procédure, au sein de laquelle le sort

de l'enfant, son bien-être et son intérêt seront les seules questions à régler et par conséquent se trouveront exclusivement au cœur des débats.

**612.** Le poids attaché à l'intérêt de l'enfant dans la décision le concernant varie cependant selon le système envisagé. Si en droit français, le fait que l'intérêt de l'enfant soit la considération première du juge ne pose plus véritablement de difficulté, dans les droits anglais et écossais, en revanche, le principe de considération supérieure, attaché au bien-être de l'enfant, a suscité encore récemment des débats en doctrine. Le principe en vertu duquel le bien-être de l'enfant doit être la considération supérieure, celle qui l'emporte sur toutes les autres, s'applique en droit anglais, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, aux procédures relatives à la tutelle du mineur. Aujourd'hui, ce principe ne s'applique de manière absolue que dans le cadre des procédures relatives à l'adoption de l'enfant, à son éducation et à la gestion de son patrimoine. Dans toutes les autres procédures qui concernent l'enfant, ce principe ne s'appliquera que lorsque la question de son éducation ou celle de la gestion de son patrimoine deviendra centrale.

**613.** Avec l'entrée en vigueur des dispositions du *Human Rights Act 1998* et du *Scotland Act 1998*, qui introduisent les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les droits internes anglais et écossais, la question de la compatibilité du principe de considération supérieure du bien-être de l'enfant avec les dispositions de l'article 8 de la CEDH s'est posée avec acuité. Si l'absence d'incompatibilité entre ce principe et le droit au respect de la vie familiale a depuis été consacrée par la Chambre des Lords <sup>1</sup>, le débat subsiste en doctrine. Il est en effet reproché à la mise en œuvre de ce principe d'annihiler l'intérêt parfois légitime d'autres membres de la famille et de forcer les juges à des hypocrisies. Aussi, il nous semble intéressant de remarquer que la doctrine anglaise, notamment, appelle aujourd'hui à une application raisonnée du principe de supériorité du bien-être de l'enfant, qui permettrait de respecter davantage les intérêts des autres parties en présence, et se rapprocherait par conséquent de l'utilisation de l'intérêt de l'enfant telle qu'elle pratiquée en droit français.

**614.** Dans chacun des systèmes étudiés, le recours à la notion d'intérêt de l'enfant est à double tranchant. En effet, la protection de l'intérêt de l'enfant, ou de son bien-être, conduit parfois à enfermer ce dernier dans sa condition d'incapable,

---

<sup>1</sup> *Re L (A child)(Contact : Domestic Violence)* [2001] Fam 260, voir plus particulièrement l'opinion de Lady Butter-Sloss.

quite à écarter, sous couvert de sa protection, la mise en œuvre des droits et des pouvoirs qui lui ont été reconnus par le droit. Nous constatons cette dérive en droit français lorsque des administrateurs *ad hoc* sont désignés pour représenter l'enfant dans le cadre d'une procédure d'assistance éductive, ou encore en droit anglais, lorsqu'un traitement médical est imposé contre son gré à un adolescent de plus de seize ans en violation flagrante de la règle de droit. Cette utilisation de l'intérêt de l'enfant nous apparaît tout à fait condamnable. Il nous apparaît intolérable que le recours à cette notion puisse permettre de contrecarrer l'application d'une règle de droit. Cette situation est d'autant plus criticable que dans chacun des systèmes étudiés des gardes-fous existent, et que la mise en œuvre des droits et des pouvoirs qui ont été reconnus à l'enfant ne s'est jamais faite au détriment de sa protection. En effet, dans aucun des systèmes l'enfant, dans l'exercice de ses droits et pouvoirs, n'est autorisé à se mettre en danger. Aussi, il doit pouvoir bénéficier de garanties au moins identiques à celles qui sont offertes aux majeurs.

**615.** En droit français, l'intérêt de l'enfant est présumé coïncider la plupart du temps avec celui de ses parents. Les parents sont donc, dans ce système, les premiers représentants de son intérêt devant le juge. Les parents ensemble, sont présumés avoir décidé ce qui protégera le mieux l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, la conformité de l'accord parental reste, dans ce système, soumis au contrôle du juge. Le contrôle judiciaire de l'accord parental nous semble impératif dans la mesure où le juge reste, dans tous les cas, le garant de l'intérêt de l'enfant. Par ailleurs, avec la récente institutionalisation de la médiation familiale, en droit français, nous serions tentés de préconiser un renforcement de ce contrôle.

**616.** *De lege ferenda*, ce contrôle serait facilité par la présentation au juge d'une vision objective et pertinente de la procédure entreprise, du point de vue de l'enfant. Celle-ci peut lui être fournie par la rédaction d'un rapport indépendant de l'intérêt de l'enfant, lequel ne saurait être issu d'une enquête sociale, ou encore par la mise en œuvre d'une audience spécifique, à l'instar du *child welfare hearing* en droit écossais.

**617.** En droit anglais, l'accord parental est, en revanche, exempt de tout contrôle judiciaire. En effet, la mise en œuvre du *no order principle*, qui interdit au juge de rendre une décision de justice à moins que ce ne soit préférable pour l'enfant, et qui est l'un des piliers du droit de l'enfance mis en place par le *Children Act 1989*, a conduit les juges à ne pas vérifier la conformité de l'accord parental au

bien-être de l'enfant. Pour certains d'entre eux, l'application du *no order principle* va jusqu'à refuser toute démarche des parents visant à obtenir une homologation judiciaire de l'accord auquel ils étaient parvenus.

**618.** Cette application stricte, par la jurisprudence anglaise, du *no order principle* empêche, à nos yeux, que les meilleures garanties soient accordées à la protection du bien-être de l'enfant dans la procédure. Il est à noter que des critiques s'élèvent, à l'heure actuelle, dans la doctrine anglaise, pour dénoncer l'allongement des procédures auquel conduit la recherche inexorable d'un accord parental ; lequel sera bien souvent obtenu à l'usure, lorsqu'il ne sera pas directement issu de négociations directes entre les défenseurs respectifs des parties à l'instance.

**619.** Le droit écossais a offert davantage de souplesse aux juges dans l'application de la *no order presumption*. En effet, le principe d'un contrôle judiciaire de l'accord parental a été accepté dans ce système. Les juges rendront l'ordonnance sollicitée seulement si cela leur semble nécessaire, et tel est le cas lorsque l'accord parental ne préserve pas suffisamment le bien-être de l'enfant.

**620.** Le droit écossais, dans le cadre des procédures non-contentieuses, a choisi de mettre en place un contrôle de l'accord parental opéré par un tiers. Celui-ci est mis en œuvre au moyen d'un *affidavit*<sup>1</sup>, qui attestera de la conformité de cet accord au bien-être de l'enfant. Cette solution ne nous semble pas inintéressante, si ce n'est qu'à nos yeux le juge est, et doit rester, le meilleur garant du respect de l'intérêt de l'enfant dans la procédure.

**621.** Dans les trois systèmes étudiés, lorsque les parents ne sont pas les vecteurs de l'intérêt de l'enfant, l'intervention d'un tiers dans la procédure est organisée. Si cette intervention est quasi-systématique dans les droits anglais et écossais, elle est, en revanche, subordonnée, en droit français, à l'existence d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents.

**622.** La représentation de l'intérêt de l'enfant dans la procédure peut être entendue de deux manières. Soit il s'agit pour le juge de désigner une personne chargée de rédiger un rapport visant à lui présenter une vision de l'intérêt de l'enfant, c'est la solution retenue par les droits anglais et écossais. Soit il s'agit de désigner à l'enfant un représentant spécial, chargé de défendre son intérêt dans la

---

<sup>1</sup> Qui peut être comparé à la déclaration sur l'honneur en droit français.

procédure, y compris au moyen de l'exercice de voie de recours, c'est la solution retenue par le droit français.

**623.** Le droit anglais a institutionnalisé le rapport au juge de l'intérêt de l'enfant. L'intervention d'un *children and family reporter* reste néanmoins facultative et il apparaît que l'application du principe de célérité peut conduire certains juges à ne pas ordonner la rédaction d'un *welfare report*, compte tenu du temps qu'il faudrait pour sa réalisation. Néanmoins, le rôle du *children and family reporter* n'en est pas moins intéressant. En effet, le droit anglais a pris soin de limiter sa tâche à la rédaction d'un rapport sur l'intérêt de l'enfant, à l'exclusion de tout autre. Ceci vient renforcer l'efficacité de son travail et la protection de l'intérêt de l'enfant dans la procédure. Dans le cadre de la rédaction de ce rapport, l'une de ses missions consistera à prendre position sur l'opportunité de donner à l'enfant le statut de partie à la procédure. Ainsi, en droit anglais, l'enfant concerné peut intervenir à la procédure sur autorisation judiciaire ; laquelle sera donnée au vu des recommandations faites par le *children and family reporter*, voire très exceptionnellement à l'initiative du juge directement. L'intervention de l'enfant dans la procédure le concernant lui permettra, le cas échéant, de défendre ses intérêts lorsqu'ils sont mis en cause. Ici, se sont bien les intérêts de l'enfant au sens large qui sont visés, *best interest of the child*, et non son bien-être plus immédiat, *welfare*.

**624.** Toutefois, il apparaît, en pratique, que l'intervention de l'enfant dans la procédure le concernant est très rarement autorisée, et est limitée aux procédures qui soulèvent une question d'une particulière difficulté. Ainsi, cette faculté a été mise en œuvre dans le cadre de procédures judiciaires complexes, pour lesquelles une personne ne disposant pas de qualifications particulières en matière juridique, ce qui semble être le cas du *children and family reporter*, aurait besoin de l'assistance d'un avocat. Par ailleurs, l'autorisation d'intervenir dans la procédure a pu être donnée à des enfants très jeunes et non doués de discernement.

**625.** La mise en pratique en droit anglais, de la possibilité pour l'enfant d'intervenir dans la procédure, nous semble alors bien éloignée de considérations tirées de la participation de l'enfant à la défense de ses intérêts. Or, il nous semble que le fait de donner le statut de partie à un enfant, dans le cadre d'une procédure judiciaire le concernant, ne doit être que l'ultime étape d'un processus visant à lui permettre de participer à la prise de décision le concernant, notamment par la possibilité qui lui est alors offerte de contester la décision du juge.

**626.** Un des aspects intéressants de la mission du *children and family reporter* consiste dans l'obligation qui lui est faite de communiquer à l'enfant les éléments de son rapport, dont il estime pouvoir l'informer selon son âge et son discernement. Cette obligation ne pèse pas sur les *welfare officers* lorsqu'ils sont nommés pour la rédaction d'un *welfare report*, néanmoins des directives leur ont été données en ce sens.

**627.** La communication à l'enfant de certains éléments du *welfare report* participe d'une meilleure compréhension de la décision de justice par le principal intéressé. Cette communication doit être garantie en pratique. La mission du *children and family reporter* est pour nous source d'inspiration lorsqu'elle est comparée au rôle joué par l'enquêteur social, dans les procédures judiciaires qui concernent l'enfant, en droit français.

**628.** En droit français, le rapport au juge de l'intérêt de l'enfant est principalement réalisé par l'intermédiaire d'une enquête sociale. Le juge a besoin d'être aidé dans sa prise de décision et l'enquête sociale semble un procédé efficace lui permettant d'obtenir des informations indispensables sur la famille, qu'il n'a ni le temps, et parfois ni les qualifications, d'aller recueillir lui-même. Cependant, en pratique, les enquêteurs sociaux, forts de leur expérience en matière de travail social, ont fait évoluer leur mission vers un rôle d'assistance auprès des familles, voire de médiation dans le conflit familial. Cette mission d'accompagnement des familles en crise est indispensable. Néanmoins, elle nous semble tout à fait incompatible avec un rapport objectif de l'intérêt de l'enfant dans la procédure.

**629.** Avec le développement de la médiation familiale, et son institutionnalisation, appartient-il encore aux enquêteurs sociaux de jouer ce rôle ? Les meilleures garanties dues à l'intérêt de l'enfant passent, à nos yeux, soit par une rénovation de l'enquête sociale, qui prendrait en compte la réalité de l'institution de la médiation dans les procédures familiales, et serait recentrée sur son rôle originaire de nature informative ; soit par une intervention législative qui viserait à instituer un rapporteur spécial de l'intérêt de l'enfant concerné par la procédure, dont la mission ne devra pas être confondue avec celle de la représentation de ses intérêts en justice.

**630.** La défense en justice des intérêts de l'enfant par un représentant *ad hoc* existe dans les systèmes écossais et français. Néanmoins, les missions qui ont

été confiées au *curator ad litem* en droit écossais et à l'administrateur *ad hoc* en droit français, différent considérablement.

**631.** En droit écossais, la fonction de *curator ad litem* est directement inspirée de l'institution de droit romain. Il intervient dans la phase judiciaire de l'adoption, dans les procédures relatives à l'exercice des droits et devoirs parentaux, ainsi que dans celles qui touchent à la filiation sur l'enfant né d'un processus de procréation médicalement assistée. Le *curator ad litem* est le garant de la conformité de la procédure aux dispositions légales. Il est un interlocuteur privilégié de l'enfant au cours de la procédure et l'accompagnera tout au long de celle-ci. Son rôle est celui d'un accompagnateur impartial et il n'est pas le défenseur de l'enfant. Néanmoins, il est le gardien du bien-être de l'enfant tout au long de la procédure. Il lui appartient de garantir le respect des droits de ce dernier, et notamment de celui à exprimer un avis, en vérifiant qu'il a été mis en mesure de les exercer. Par ailleurs, il a pour mission de se prononcer, par le biais d'un rapport, sur la conformité de la demande au bien-être de l'enfant.

**632.** En droit écossais, la participation de l'enfant à la détermination de son intérêt, dans le cadre d'une procédure judiciaire le concernant, est garantie par l'obligation faite au juge de recueillir ses souhaits et sentiments. L'enfant pourra à ce titre être amené à participer à un *child welfare hearing*. Par conséquent, la représentation autonome de l'intérêt de l'enfant apparaît superflue dans la mesure où ayant recueilli les prétentions des parties et l'opinion de l'enfant, le juge dispose alors de tous les éléments nécessaires à la détermination de l'intérêt de l'enfant.

**633.** Ainsi, le *curator ad litem* ne représente pas le mineur et ses intérêts dans la procédure. Néanmoins, de manière beaucoup plus efficace, à nos yeux que ne l'est l'administrateur *ad hoc* dans les procédures où l'enfant n'est que concerné, le *curator ad litem* est le gardien de l'intérêt de l'enfant et le garant du respect des droits qui lui ont été reconnus.

**634.** En droit français, la mission de représentation confiée à l'administrateur *ad hoc* vise à pallier l'incapacité juridique du mineur à défendre ses intérêts en justice. La désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant reste exceptionnelle. Elle est limitée aux procédures dans lesquelles les intérêts de l'enfant et ceux de ses représentants légaux sont en opposition. La reconnaissance de l'existence d'une opposition d'intérêts dans les procédures judiciaires de nature patrimoniale, n'a jamais véritablement posé de difficultés en droit français. Dans le cadre des procédures de nature extra-patrimoniales, la reconnaissance de

l'opposition d'intérêts pose encore des difficultés à l'heure actuelle pour les procédures relatives à l'autorité parentale.

**635.** L'interprétation extensive des dispositions du Code civil par la jurisprudence conduit à penser que la représentation *ad hoc* de l'enfant dans ces procédures est admise en pratique. Toutefois, cette reconnaissance nous apparaît fragile par bien des aspects. Une interprétation rigoureuse, sans être stricte, des dispositions légales relatives à l'administrateur *ad hoc* nous montre en effet que ce dernier ne peut être amené à jouer un rôle, dans les procédures relatives à l'autorité parentale, que par des chemins bien tortueux.

**636.** En effet, il est communément admis en droit français que la notion d'opposition d'intérêt est d'interprétation stricte. Par conséquent, elle est inefficace dans les procédures relatives à l'autorité parentale, faute pour l'enfant de disposer dans celles-ci de droits substantiels autonomes. Ainsi, dans ces procédures il ne peut être question d'opposition d'intérêts mais seulement de divergences dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant.

**637.** De plus, dans ces procédures il ne peut être question d'opposition d'intérêts entre celui de l'enfant et celui de ses parents, car le second n'est pas déterminant et il apparaît très clairement à l'heure actuelle qu'il n'est pas spécialement protégé par le juge. Aussi, le caractère de droit-fonction attaché à l'autorité parentale, de même que l'effacement, dans les dispositions légales, du fait que l'exercice de ce droit puisse aussi servir les intérêts des parents, rend impossible la reconnaissance, dans ces procédures, d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents. Seuls s'opposent véritablement, à nos yeux, l'intérêt de l'enfant et les droits qui ont été reconnus aux parents.

**638.** Par ailleurs, l'efficacité même de l'intervention d'un administrateur *ad hoc* dans ces procédures nous apparaît limitée par le fait qu'il ne peut exercer ses fonctions que dans la limite des droits qui ont été reconnus à l'enfant. Ainsi, l'absence de droits substantiels reconnus à l'enfant dans le cadre des procédures le concernant, font de l'administrateur *ad hoc* un représentant sans pouvoirs. L'efficacité de sa mission sera réduite à celle d'un simple rapporteur, à l'instar du *curator ad litem* en droit écossais, qui ne dispose pas non plus du pouvoir de contester la décision prise par le juge.

**639.** Ainsi, pour tout ce qui touche à la personne de l'enfant et à l'exercice de l'autorité parentale, il conviendrait d'achever la construction législative entreprise plutôt que de tenter de remédier au problème du conflit entre parents et

enfant par des mécanismes inappropriés. Une intervention du législateur visant à donner à l'enfant discernant le droit d'être à l'origine d'une remise en cause des modalités d'exercice de l'autorité parentale sur sa personne nous semble souhaitable.

**640.** L'octroi de la capacité procédurale à l'enfant discernant dans les procédures relatives à l'autorité parentale ne signifie pas qu'elle puisse être exercée sans contrôle. Nous pouvons fort bien imaginer, à l'instar de ce qui a été mis en place en droit anglais, que l'intervention de l'enfant dans la procédure, ou l'introduction d'une instance, soit soumise à l'autorisation du juge ou au contrôle du ministère public.

**641.** Par ailleurs, il nous semble indispensable aujourd'hui de demander aux praticiens un effort de rigueur dans la rédaction de l'ordonnance de désignation de l'administrateur *ad hoc*. La précision des termes employés est déterminante car c'est cette ordonnance qui détermine l'étendue de la mission qui lui est confiée.

**642.** Aujourd'hui, l'intervention d'un administrateur *ad hoc* dans les procédures relatives à l'autorité parentale, voire en lieu et place de l'avocat dans les procédures d'assistance éducative, ne fait que confirmer la dérive parternaliste de cette institution. Dans une procédure où l'enfant n'est que concerné, dès lors que sa volonté aura été entendue, l'intervention d'un administrateur *ad hoc* n'apporte rien de plus dans la mesure où le juge est déjà tenu de statuer de manière conforme à l'intérêt de l'enfant.

**643.** Réaffirmer clairement le domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc* permettrait d'établir une distinction claire et efficace entre les règles qui régissent sa désignation dans les instances civiles et pénales. À l'administrateur *ad hoc* civil revient le domaine de l'administration légale et de la protection du patrimoine du mineur. À l'administrateur *ad hoc* pénal revient le domaine de l'autorité parentale et de la protection de la personne du mineur. La dualité des fondements de son intervention ne remet pas en cause l'identité des pouvoirs qui sont attachés à sa mission et qui consistent à lui permettre de représenter efficacement les intérêts de l'enfant dans la procédure.

**644.** À défaut de donner à l'enfant le droit d'intervenir dans les procédures relatives à l'autorité parentale, rien ne sert de lui donner un représentant sans pouvoirs. C'est le recueil des souhaits et sentiments de l'enfant qu'il faut garantir dans la mesure où quoi qu'il advienne il appartient au juge, et à lui seul, de décider

de l'intérêt de l'enfant dans la procédure et de le protéger de la manière la plus appropriée.

**645.** La capacité procédurale du mineur et sa participation dans le cadre d'une procédure qui le concerne non seulement diffèrent d'un système à l'autre, mais se révèle également nuancées au sein de chacun. Les dispositions qui organisent la capacité procédurale du mineur partie à la procédure apparaissent, à ce titre, devoir s'appliquer avec davantage de netteté dans les trois systèmes étudiés.

## TITRE II. LE MINEUR PARTIE À LA PROCÉDURE

---

**647.** L'enfant titulaire de droits peut être amené à défendre ses intérêts en justice. Si ce n'est son absence de discernement, son défaut de capacité d'exercice l'empêchera dans certaines circonstances de faire valoir ses intérêts directement. Le mécanisme de la représentation lui permettra alors de voir ses intérêts portés en justice par son représentant, agissant en son nom et pour son compte. L'enfant est partie à la procédure dans la mesure où celle-ci vise à la défense de ses intérêts, et produit ses effets directement sur sa personne ou sur son patrimoine. S'il est partie, il ne l'est que de manière indirecte et dépendante de l'action de son représentant. L'enfant est alors une partie hétéronome, une partie représentée au procès (Chapitre 1). Néanmoins cette incapacité procédurale n'est pas absolue. Le droit réserve à l'enfant également en ce domaine une certaine autonomie. Ainsi, l'existence de facteurs émancipateurs, ou bien le danger encouru par l'enfant, lui permettront de retrouver la pleine capacité d'exercice de ses droits ainsi qu'une totale autonomie procédurale (Chapitre 2).



## *Chapitre 1. Le mineur partie représentée à la procédure*

**648.** Bien qu'il soit de nature différente, dans les droits français, anglais et écossais, les parents exercent le pouvoir de représenter leur enfant en justice (section 1). Néanmoins, que ce soit de manière ponctuelle, en Écosse et en France, ou bien de manière générale, en Angleterre, le juge dispose du pouvoir de désigner une personne spécialement chargée de représenter les intérêts de l'enfant dans la procédure (section 2).

### Section 1. La représentation de l'enfant par ses parents

**649.** Le pouvoir de représenter l'enfant en justice n'a pas les mêmes racines dans les trois systèmes étudiés. Le droit anglais a fait le choix de fonctionnaliser totalement ce pouvoir, dont les parents, entre autres, pourront être les titulaires. Il ne s'agira alors pour eux que d'exercer une fonction qui ne leur appartient pas naturellement en vertu de la loi (§1). Dans les systèmes écossais et français, au contraire, la représentation à l'instance fait partie intégrante du pouvoir général de représentation légale dont sont investis les parents à l'égard de leur enfant mineur <sup>1</sup>. Ainsi, le pouvoir de représentation légale de l'enfant en justice est inhérent à l'exercice des droits et devoirs parentaux <sup>2</sup>. Sa remise en cause est par conséquent encadrée et soumise à condition (§2).

---

<sup>1</sup> Voir *supra*.n° 20.

<sup>2</sup> Dans ce paragraphe la notion écossaise de « *droits et devoirs parentaux* » sera utilisée, sauf précision contraire, comme synonyme de la notion d'« *autorité parentale* » existant en droit français.

## § 1. La représentation-fonction de l'enfant en justice

**650.** En *common law*, l'enfant ne peut être impliqué directement dans une procédure judiciaire civile sans représentation. Il ne peut être partie que par l'intermédiaire d'un adulte qui agira en son nom <sup>1</sup>. Traditionnellement, cette même fonction était désignée sous un vocable différent selon que l'enfant était demandeur ou défendeur au procès. Si l'enfant était demandeur au procès, il devait être représenté dans la procédure par un *next friend* ; si l'enfant était défendeur, cette fonction était exercée par un *guardian ad litem* <sup>2</sup>.

**651.** Avec l'entrée en vigueur de la réforme de la procédure civile anglaise, le 26 avril 1999 <sup>3</sup>, ces deux fonctions ont été regroupées sous la dénomination commune de *litigation friend* <sup>4</sup>. Le *litigation friend*, tout comme l'étaient anciennement le *next friend* et le *guardian ad litem* est un *officer of the court*, désigné pour protéger les intérêts de l'enfant dans le déroulement de la procédure <sup>5</sup>. Entendu au sens strict, les *officers of the court* sont des « *personnes en charge de faire appliquer la loi et jouent un rôle dans l'administration de la justice* » <sup>6</sup> ; par extension se sont également les personnes qui, en raison de leur statut, sont soumises au respect des règles de procédure judiciaire <sup>7</sup>.

**652.** Le *litigation friend*, qui a en charge la représentation des intérêts de l'enfant en justice, entre dans la seconde catégorie, cette fonction le conduisant à

---

<sup>1</sup> Voir notamment White, Carr and Lowe, *The Children Act in practice*, 3<sup>e</sup> éd. Butterworths LexisNexis 2002, para. 10.35 p. 343, « *Historically children who are parties to proceedings are regarded as being under a disability and must act through a next friend or guardian ad litem* ».

<sup>2</sup> La règle 2(1) des *Rules of the Supreme Court* (RSC Ord 80 r2(1)) désormais abrogée et remplacée par les dispositions des *Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132 prévoyait expressément cette distinction, « *a child may not bring or make a claim in any proceedings except by his next friend (...) or appear in any proceedings under a judgment or order notice of which has been served on him, except by his guardian ad litem* ».

<sup>3</sup> *Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132, voir plus particulièrement la partie 21 : *children and Patient*.

<sup>4</sup> Section 21.2(2) *Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132, « *a child must have a litigation friend to conduct proceedings on his behalf unless the court makes an order under paragraph (3)* ».

<sup>5</sup> *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, para. 1804, p. 838. « *The litigation friend is an officer of the court appointed to look after the child's interest and has the conduct of the proceedings in his hands...* ». Sur la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur des *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132 voir notamment, *Rhodes v Swithenbank* (1889) 22 QBD 577, p. 579.

<sup>6</sup> Voir la définition donnée par le *Black's law Dictionary* 7<sup>e</sup> éd. West Group 1999, « *a person who is charged with upholding the law and administering the judicial system...* », sont plus particulièrement désignés par cette définition les juges, les huissiers, les greffiers....

<sup>7</sup> *Ibid* « *...but the term also applies to a lawyer who is obliged to obey court rules and who owes a duty of candor (devoir de sincérité) to the court* ».

réaliser des actes de procédure au nom du mineur. En vertu des dispositions légales, cette fonction peut être exercée par toute personne majeure, disposant des compétences pour conduire impartialement une procédure judiciaire au nom et pour le compte de l'enfant ; n'ayant pas d'intérêts opposés à l'enfant dans la procédure et s'étant engagé, si l'enfant est demandeur à l'action, à payer les frais inhérents à la procédure judiciaire <sup>1</sup>.

**653.** Ainsi, le pouvoir de représentation de l'enfant en justice n'a semble-t-il jamais été envisagé en droit anglais comme une prérogative liée à l'exercice de la responsabilité parentale sur l'enfant. Ce pouvoir apparaît alors comme une fonction. Toute personne remplissant les conditions pour l'exercer peut de sa propre initiative <sup>2</sup> ou par décision de justice <sup>3</sup> être instituée *litigation friend* à l'égard d'un enfant.

**654.** Il apparaît néanmoins que la *common law* accorde toutefois aux parents de l'enfant le droit d'exercer cette fonction en priorité <sup>4</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Woolf v. Pemberton* <sup>5</sup>, une action en justice avait été engagée par Monsieur Price, la personne nommée par les exécuteurs testamentaire du *de cuius*, en qualité de *next friend* des enfants gratifiés, sans que le père de ces derniers, Monsieur Woolf, n'ait été au courant de la procédure engagée au nom de ses enfants. Lorsqu'il en eut connaissance, il demanda alors à être substitué à Monsieur Price dans ses fonctions de *next friend*, ce qui lui fut accordé par le juge, en raison de sa qualité de « *gardien naturel* » des intérêts de ses enfants <sup>6</sup>.

**655.** Il est plus que surprenant, pour un civiliste, qu'une action en justice puisse être intentée au nom et pour le compte d'enfants mineurs sans que leurs parents n'en soient même informés. Ce cas de figure est cependant demeuré rare

---

<sup>1</sup> Règle 21.4(3) des *Civil Procedure Rules 1998*. *SI 1998/3132*, « *if nobody has been appointed by the court, (...) a personne may act as a litigation friend if he (a) can fairly and competently conduct proceedings on behalf of the child (...); (b) has no interest adverse to the child (...) and (c) where the child (...) is a claimant, undertakes to pay any cost which the child (...) may be ordered to pay in relation to the proceedings, subject to any right he may have to be repaid from the assets of the child (...)* ».

<sup>2</sup> Règle 21.4 et 21.5 des *Civil Procedure Rules 1998*, *SI 1998/3132* qui organise la désignation des *litigation friends* sans décision de justice, *litigation friend without a court order*.

<sup>3</sup> Règle 21.6 des *Civil Procedure Rules 1998*. *SI 1998/3132*, *litigation friend by court order*.

<sup>4</sup> Voir notamment *Woolf v. Pemberton* (1877) 6 Ch D 19 ; *in re Taylors' application* [1972] 2 QB 369, [1972] All ER 873 CA. Cette préférence, à l'origine en faveur du père a été étendue par la jurisprudence à la mère et au tuteur de l'enfant, voir notamment *Harris v. Lightfoot*, *Harris v. Harris* (1861) 10 WR 31 (mère) ; *Hutchinson v. Norwood* (1885) 31 Ch D 237 (tuteur).

<sup>5</sup> (1877) 6 Ch D 19.

<sup>6</sup> « *I am the natural guardian of my children ; (...) I am the proper person, therefore, to conduct this suit on their behalf, and I ask the Court to intervene under these circumstances in my favour and substitute me as their next friend* », *Woolf v. Pemberton* (1877) 6 Ch D 23

et ne pourrait se reproduire aujourd'hui, dans la mesure où les Règles de procédure civiles prévoient désormais que les parents de l'enfant, son tuteur, ou à défaut la personne avec qui l'enfant réside, doivent obligatoirement se voir notifier l'acte introductif d'instance (*claim form*) qui implique l'enfant dans la procédure <sup>1</sup>.

**656.** Le caractère obligatoire de cette notification vient confirmer le fait que les parents de l'enfant ne sont pas nécessairement à l'origine de l'instance. La faculté d'initier une procédure judiciaire, pour le compte de leur enfant mineur, leur est simplement ouverte. Dans la mesure où le pouvoir de représentation en justice de l'enfant est envisagé comme une fonction et non comme une prérogative, il n'est alors pas surprenant que celle-ci soit exercée par la personne la plus qualifiée pour l'exercer. Le droit anglais n'accorde alors, qu'une « *préférence* » aux parents pour l'exercice de cette fonction <sup>2</sup>. Si « *les titulaires de la responsabilité parentale disposent de prime abord de la compétence pour agir en tant que next friend [aujourd'hui litigation friend] de l'enfant* » <sup>3</sup>, il apparaît cependant, « *qu'en l'absence de conflit avec les titulaires de la responsabilité parentale sur ce point et en l'absence d'opposition d'intérêts avec l'enfant, il n'existe pas de raison pour que les personnes de facto pris en charge l'enfant ne puissent exercer cette fonction* » <sup>4</sup>.

**657.** Ainsi, des statistiques, réalisées au temps où les deux fonctions de *next friend* et de *guardian ad litem* existaient encore, laissent apparaître que dans 61 % des affaires pour lesquelles l'enfant a bénéficié de l'aide juridictionnelle, la fonction de *next friend* était exercée par un de ses parents <sup>5</sup>. Néanmoins, sur le panel passé en revue, il apparaît qu'un certain nombre de *next friend* n'étaient pas titulaires de la responsabilité parentale sur l'enfant. Il s'agissait alors d'un beau-parent ou d'un assistant familial (*foster carer*) qui s'était vu confier l'enfant par les services sociaux. Nous pouvons remarquer ici qu'à l'instar des droits français et

---

<sup>1</sup> Règle 6.6(1) des *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132. Il est intéressant de noter que tous les autres actes de procédure sont notifiés directement au *litigation friend*, ce qui implique que si ce dernier n'est pas un des parents de l'enfant, ceux-ci se trouvent par conséquent totalement exclus de la maîtrise de la procédure à laquelle leur enfant est partie.

<sup>2</sup> *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 para. 1806 note 3, « *In appointing a next friend, preference has been given to the father...* ».

<sup>3</sup> « *A person with parental responsibility is prima facie entitled to act as the child's next friend* », J. Masson & A. Orchard, *Children and civil litigation*, research for the Lord Chancellor Department 1999, para. 3.4.1, p. 37.

<sup>4</sup> « *...In the absence of a dispute with a person with parental responsibility and any conflict of interest, there is no reason why any adult de facto carer should not take on this role* », J. Masson & A. Orchard, *Children and civil litigation*, research for the Lord Chancellor Department 1999, para. 3.4.1, p. 37.

<sup>5</sup> 47 % des *next friends* sont la mère de l'enfant et 14 % d'entre eux sont le père de l'enfant. Voir sur ce point J. Masson & A. Orchard, *Children and civil litigation*, research for the Lord Chancellor Department 1999, para. 3.4.3, p. 38.

écossais, l'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents dans la procédure fait obstacle à ce que ces derniers puissent exercer la fonction de *litigation friend*. En effet, l'absence d'opposition d'intérêts avec l'enfant est une condition devant être satisfaite au préalable afin de pouvoir représenter ce dernier dans la procédure <sup>1</sup>.

**658.** En raison de la nature particulière de ce pouvoir, le **droit anglais** accepte par conséquent très facilement que les parents, tout comme les autres titulaires de la fonction de *litigation friend*, puissent être démis de cette fonction de représentation en justice, dès lors qu'ils n'agiront plus, par action ou par omission, dans l'intérêt de l'enfant <sup>2</sup>. Le retrait de la qualité de *litigation friend* est possible même en l'absence d'opposition d'intérêts directe entre les parents et l'enfant <sup>3</sup>. Il appartiendra alors au juge d'apprécier, au regard de l'intérêt de l'enfant <sup>4</sup>, si les parents remplissent correctement leur fonction de *litigation friend*. Dans le cas contraire le juge pourra, en vertu de la règle 21.7(1) des Règles de Procédure Civile <sup>5</sup>, mettre un terme à leur fonction et désigner une autre personne mieux à même de l'exercer pour les remplacer.

---

<sup>1</sup> « ...A person may act as a litigation friend if he (...) has no interest adverse to that of the child... », règle 21.4(3)(b) *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132.

<sup>2</sup> Voir notamment *In Re Taylor's Application* [1972] 2 QB 369, affaire dans laquelle un collectif de parents d'enfants victimes de malformations à la naissance, dues à la prise du médicament Thalidomide par la mère durant la grossesse, cherchait à obtenir la destitution de leur qualité de *next friend* de six d'entre eux qui refusaient le compromis qui avait été proposé par le laboratoire. Les parents demandeurs soutenaient que cette position n'était pas conforme à l'intérêt de leurs enfants. Le tribunal a ainsi apprécié la conformité de la position des parents à ce critère, et a refusé de leur retirer la qualité de *next friend*. Elle a fondé sa décision sur le caractère non déraisonnable de ce refus du compromis par les parents au regard de l'intérêt de leurs propres enfants, qui pouvaient espérer obtenir une indemnisation plus importante en engageant une action en justice.

<sup>3</sup> Pour comparaison, le droit français, sauf à retirer l'autorité parentale à ses titulaires, ne retient que l'hypothèse d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents comme cause d'empêchement à l'exercice du pouvoir parental de représentation des intérêts de l'enfant en justice. Voir les articles 388-2 et 389-3 du Code civil. Voir *infra* n° 745 et s.

<sup>4</sup> La mission de représentation de l'enfant en justice du *litigation friend* est de protéger les intérêts de l'enfant dans la procédure dans laquelle ce dernier est impliqué. Voir sur ce point *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, para. 1804, p. 838. « *The litigation friend is (...) appointed to look after the child's interests* ». Pour une jurisprudence antérieure au *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132 voir notamment *In re Whittall, Whittall v. Faulkner* [1973] 1 WLR 1027, affaire dans laquelle l'incompétence des *guardian ad litem* dans cette fonction avait justifié leur destitution, lequel avaient tacitement autorisé les avocats à faire ce qui leur semblerait bon dans l'intérêt des enfants, ceci sans même avoir pris connaissance des termes de la modification proposée, au *trust* dont les enfants étaient les bénéficiaires. « *It appeared at the hearing that they had merely lent their names in that capacity (guardian ad litem) and had no knowledge of the terms of the scheme. They had not consented to the scheme in any real sense, having merely tacitly authorised solicitors and counsel to do whatever they might think right on the infants' behalf* ». Voir également sur le devoir d'agir conformément à l'intérêt de l'enfant, *In re Barbour's settlement trust national Westminster Bank v. Barbour* [1974] 1 WLR 1198.

<sup>5</sup> « *The court may -*  
(a) *direct that a person may not act as a litigation friend*  
(b) *terminate a litigation friend's appointment*

**659.** De plus, dans le cadre des procédures familiales, lorsque l'enfant est concerné, bien qu'il ne soit pas partie à l'origine, il pourra néanmoins, dans certaines circonstances <sup>1</sup>, se voir accorder le bénéfice d'une représentation autonome de ses intérêts dans la procédure (*separate representation*) <sup>2</sup>. Ce cas de figure empêche les parents d'exercer les fonctions de *litigation friend* à l'égard de leur enfant. Celui-ci, sans être en conflit d'intérêts avec eux, mais disposant d'un intérêt distinct, pourra le faire valoir directement afin qu'il soit pris en compte par le juge dans sa décision <sup>3</sup>.

**660.** Dans les **systemes écossais et français**, la philosophie qui préside à la représentation de l'enfant dans les procédures est tout autre. Ainsi, en tant que partie intégrante des droits et devoirs parentaux, le juge ne peut intervenir aussi aisément pour contrôler l'exercice de ce pouvoir-prérogative.

## §2. La représentation-prérogative de l'enfant en justice

**661.** Dans les droits français et écossais, le pouvoir de représenter l'enfant en justice est un aspect du pouvoir de représentation légale, dont les parents sont titulaires en vertu de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant <sup>4</sup>. Ainsi, ce pouvoir s'apparente davantage à une prérogative liée à la qualité de parent, qu'à une fonction qui pourrait être exercée par quiconque <sup>5</sup>.

**662.** En **droit français**, seul l'administrateur légal ou le tuteur de l'enfant peut représenter ses intérêts en justice <sup>6</sup>. L'administration légale semble aujourd'hui, hormis dans l'hypothèse où les parents de l'enfant seraient placés sous

---

(c) *appoint a new litigation friend in substitution for an existing one* », Règle 21.7(1) des *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132,

<sup>1</sup> Sur recommandation du *children and family reporter*, l'enfant peut devenir partie à la procédure le concernant, il bénéficiera alors automatiquement d'une représentation autonome. Voir *supra* n° 534 et s.

<sup>2</sup> Voir *infra* n° 693 et s.

<sup>3</sup> Voir la représentation en Angleterre de l'intérêt de l'enfant concerné par la procédure par le *children and family reporter*, *supra* n° 534 et s.

<sup>4</sup> Dans ce paragraphe les notions d'autorité parentale et de droits et devoirs parentaux sont employées indifféremment.

<sup>5</sup> Cf la position anglaise sur ce point, *supra* n° 82 et s.

<sup>6</sup> Voir *supra*. n° 20.

un régime d'incapacité, irrémédiablement liée à l'exercice de l'autorité parentale. Le tuteur apparaît seulement comme un substitut parental en ce domaine <sup>1</sup>. Le pouvoir de représentation légale est ainsi compris, en droit français, comme une prérogative d'autorité parentale <sup>2</sup>. Aussi, les hypothèses dans lesquelles ce pouvoir ne sera pas exercé par les parents sont limitées.

**663.** Ainsi, les parents ne peuvent être privés de l'exercice du pouvoir de représenter leur enfant en justice que lorsque leur autorité parentale est elle-même remise en cause <sup>3</sup> ou bien de manière ponctuelle lorsque leurs intérêts sont en opposition avec ceux de l'enfant <sup>4</sup>. En droit français, l'enfant ne dispose que très rarement de la capacité procédurale, seule l'existence de circonstances émancipatrices lui permet d'échapper au régime de représentation pour bénéficier d'un régime d'assistance voire d'autonomie en ce domaine <sup>5</sup>.

**664.** Le pouvoir de représenter l'enfant en justice appartient conjointement aux parents dès lors qu'ils exercent en commun l'autorité parentale <sup>6</sup>. À défaut, la représentation légale sera exercée par le parent qui exerce l'autorité parentale de manière exclusive, l'administration légale sera alors placée sous le contrôle du juge des tutelles <sup>7</sup>. La discrétion du représentant légal est liée à la nature de l'action en justice. En effet, une distinction doit être opérée dès lors que l'action en justice, à laquelle le mineur est partie, est relative à ses droits patrimoniaux ou bien à ses droits extra-patrimoniaux.

**665.** Dans la première hypothèse l'introduction de l'action, tout comme la défense à l'action, sont des actes que l'administrateur légal, comme le tuteur, peut

---

<sup>1</sup> Le pouvoir d'administration légale, et le pouvoir de représentation qui lui est associé, est lié à l'exercice de l'autorité parentale, l'article 389 du Code civil dispose en effet : « *Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, ceux-ci sont administrateurs légaux. Dans les autres cas l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale* ». Pour plus de détail sur ce point, et sur l'abrogation de l'article 288 du Code civil par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, voir *supra* n° 20.

<sup>2</sup> C. Neirinck, « Enfance », *Rep. civ. Dalloz*, n° 49, p. 9.

<sup>3</sup> Dans les hypothèses de délégation ou de retrait de l'autorité parentale. Voir les articles 376 et s. et 378 et s. du Code civil.

<sup>4</sup> Sur la représentation *ad hoc* du mineur, voir *infra* n° 744 et s.

<sup>5</sup> En effet, en vertu de l'article L. 516-1 du Code du travail, le mineur salarié dispose de la capacité de concilier, demander ou défendre en son nom devant le Conseil de prud'hommes. Seule l'assistance de ses parents est requise et à défaut il pourra, sur autorisation du conseil, agir de manière autonome. De même, le mineur parent disposera de la capacité procédurale et pourra agir en tant que représentant légal de son enfant. Pour plus de détails sur la capacité procédurale du mineur parent voir *infra* n° 925 et s.

<sup>6</sup> Le pouvoir de représentation légale est lié à l'administration légale, celle-ci est elle même liée à l'exercice de l'autorité parentale en vertu de l'article 389 du Code civil.

<sup>7</sup> Art. 383 du Code civil.

effectuer seul sans requérir d'autorisation <sup>1</sup>. En revanche, lorsque l'action en justice est de nature extra-patrimoniale un contrôle est requis. En effet, dans le cadre de l'administration légale pure et simple, les deux parents doivent y avoir consenti <sup>2</sup> et dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire, cette action doit avoir été autorisée par le juge des tutelles <sup>3</sup>.

**666.** De même, en sa qualité de défendeur, l'acquiescement à une action introduite contre son enfant mineur est également soumis à autorisation <sup>4</sup>. Hormis ces hypothèses, la conduite de l'action par le représentant légal est libre ; il lui appartiendra cependant d'agir en bon père de famille, à défaut sa responsabilité pourra être engagée <sup>5</sup>.

**667.** En **droit écossais**, en vertu des sections 1(1)(d) et 2(1)(d) du *Children (Scotland) Act 1995* <sup>6</sup>, les parents sont également les représentants légaux de leur enfant. Ce pouvoir comprend, comme en droit français, celui de le représenter dans les procédures judiciaires <sup>7</sup>. Le *Children (Scotland) Act 1995* a ainsi instauré une primauté parentale dans l'exercice de pouvoir. Il appartiendra alors en premier lieu aux parents d'intenter une action au nom de leur enfant mineur ou de défendre à une procédure engagée à son encontre <sup>8</sup>. En droit écossais, les parents de l'enfant ne sont soumis à aucune limite légale quant à l'étendue de leur pouvoir de représentation. Il leur appartiendra d'apprécier la manière dont la procédure doit être conduite « *tout en gardant à l'esprit que le fondement de leur pouvoir de représentation*

---

<sup>1</sup> Art. 464 al. 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>2</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup> 22 mai 1996, *Bull. civ.*, II, n° 100. À défaut d'accord des parents sur ce point l'action peut néanmoins être autorisée par le juge des tutelles.

<sup>3</sup> Art. 464 al. 3 du Code civil. Voir également sur ce point J. Massip, *Les incapacités [Étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 79, p. 99-100.

<sup>4</sup> Art. 464 al. 2 du Code civil.

<sup>5</sup> Art. 450 du Code civil. Ainsi, « *s'il soutient au nom du mineur des procès perdu d'avance ou inversement s'il s'abstient d'engager une action évidemment nécessaire* » le représentant légal de l'enfant pourra voir sa responsabilité engagée, voir sur ce point J. Massip, *Les incapacités [Étude théorique et pratique]*, Defrénois 2002, n° 118, p. 126.

<sup>6</sup> La section 1 du *Children (Scotland) Act 1995* est relative aux « responsabilités parentales », sa section 2 aux « droits parentaux ». Il apparaît alors que le pouvoir de représentation légale est, à l'instar du droit français, également compris comme un droit fonction dans le système écossais appartenant à la fois aux droits et aux devoirs parentaux.

<sup>7</sup> « *A parent has in relation to his child the responsibility (...) to act as the child's legal representative* » section 1(1)(d) ; « *a parent, in order to enable him to fulfil his parental responsibilities in relation to his child, has the right (...) to act as the child's legal representative* », section 2(1)(d).

<sup>8</sup> Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.43, p. 497.

*légale réside dans leur responsabilité à l'égard de l'enfant, celle-ci comprenant le devoir de protéger et de promouvoir son bien-être »*<sup>1</sup>.

**668.** À l'instar du droit français, en droit écossais, des dispositions spécifiques régissent les situations dans lesquelles l'intérêt de l'enfant dans une procédure judiciaire est en conflit avec celui de ses représentants légaux<sup>2</sup>. Dans ces circonstances, il appartiendra au juge de désigner un *curator ad litem* fin que les intérêts de l'enfant soient représentés de manière autonome dans la procédure<sup>3</sup>.

**669.** Le pouvoir parental de représentation dans les instances judiciaires civiles est limité en droit écossais par la capacité acquise du mineur. En effet, le pouvoir général de représentation légale cesse de s'exercer automatiquement dès lors que l'enfant aura atteint l'âge de seize ans. En vertu des dispositions du *Legal capacity (Scotland) Act 1991*, l'enfant, bien que mineur, acquiert à cet âge une capacité juridique quasi entière<sup>4</sup>.

**670.** Au regard de la capacité d'agir et de défendre en justice, le *Age of Legal capacity (Scotland) Act 1991* pose une limite spéciale au pouvoir parental. En effet, cette loi pose une présomption de capacité d'agir en justice à l'égard du mineur de douze ans<sup>5</sup>. La section 2(4A) du *Age of Legal capacity (Scotland) Act 1991* ouvre, dans le cadre d'une procédure judiciaire civile, à l'enfant de moins de seize ans, la possibilité de donner des instructions directement son avocat dès lors qu'il « *disposera de la faculté de comprendre ce que cela implique* »<sup>6</sup>. Cette faculté est présumée à l'égard des mineurs de douze ans<sup>7</sup>. La section 2(4B) du *Age of Legal capacity (Scotland) Act 1991* poursuit en précisant que le mineur capable de donner

---

<sup>1</sup> « *He or she must of course, bear in mind at all times that his or her exercise of the parental right of legal representation is valid only in the fulfilment of the parental responsibility he or she owes to the child, including the responsibility to safeguard and promote the child's welfare* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.43, p. 497.

<sup>2</sup> Section 1(3)(f) du *Legal capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>3</sup> Voir *infra*.n° 785 et s.

<sup>4</sup> « *A person of or over the age of 16 years shall have legal capacity to enter into any transaction* », section 1(1)(b) du *Legal capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> Sections 2(4A) et 2(4B) du *Legal capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>6</sup> « *A person under the age of sixteen years shall have legal capacity to instruct a solicitor, in connection with any civil matter, where that person has a general understanding of what it means to do so* », section 2(4A) du *Legal capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>7</sup> « *Without prejudice to the generality of this subsection a person of twelve years of age or more shall be presumed to be of sufficient age and maturity to have such understanding* » section 2(4A) *in fine* du *Legal capacity (Scotland) Act 1991*.

des instructions à un avocat « *dispose également de la capacité d'agir et de défendre dans toutes les procédures judiciaires civiles* »<sup>1</sup>.

**671.** Ainsi, en droit écossais, les parents perdront le pouvoir de représenter leur enfant en justice dès lors que ce dernier aura acquis la capacité procédurale. Toutefois, le législateur n'a pas souhaité à l'égard des mineurs de moins de seize ans poser de principes à effet couperet. En effet, le mineur de moins de seize ans disposant de la capacité procédurale pourra toujours consentir à réactiver la représentation légale parentale dans le cadre d'une procédure judiciaire civile<sup>2</sup>.

## Section 2. La représentation de l'enfant par une personne spécialement désignée

**672.** La représentation en justice de l'enfant, lorsqu'elle n'est pas exercée par les parents de l'enfant, sera confiée à une personne spécialement désignée et disposant *a priori* des meilleures compétences pour exercer cette mission. En droit anglais, l'intervention de ce tiers n'est pas exceptionnelle. La fonction de représentation de l'enfant en justice peut même être confiée à un représentant professionnel, qui agira de concert avec l'avocat de ce dernier (§1). Lorsque le pouvoir de représenter l'enfant en justice découle de la titularité de l'autorité parentale ou des droits et devoirs parentaux, la substitution d'un tiers aux parents pour l'exercer n'est envisageable que dans un nombre limité de circonstances. Les droits français et écossais se rejoignent alors pour faire de l'opposition d'intérêts le fondement d'une représentation spécifique de l'enfant en justice (§2).

---

<sup>1</sup> « *A person who by virtue official solicitor subsection (4A) above has legal capacity to instruct a solicitor shall also have legal capacity to sue, or to defend, in any civil proceedings* », section 2(4B) du *Legal capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>2</sup> « *Where a child has legal capacity to sue, or to defend, in any civil proceedings, he may nevertheless consent to be represented in those proceedings by any person who, had the child lacked that capacity, would have had the responsibility to act as his legal representative* », section 15(6) du *Children (Scotland) Act 1995*.

## § 1. La représentation-fonction de l'enfant en droit anglais

**673.** Le droit anglais, en fonctionnalisant la représentation de l'enfant en justice, a ouvert la voie d'une véritable professionnalisation de cette mission. Toutefois, la mise en œuvre de cette fonction est organisée différemment selon qu'elle intervient dans le cadre d'une procédure familiale (*family proceeding*) (A) ou bien dans le cadre d'une procédure civile ordinaire (*ordinary civil proceeding*) (B). De manière générale, les procédures familiales sont celles qui touchent l'enfant soit directement parce qu'elles le concernent (ce sont celles qui sont intentées sur le fondement du *Children Act 1989*<sup>1</sup>) ou bien sur le fondement de l'*Adoption Act 1976*<sup>2</sup> ; soit indirectement parce qu'elles concernent ses parents (ce sont celles qui sont intentées sur le fondement du *Matrimonial Causes Act 1973*<sup>3</sup>) ou bien sur le fondement de la partie IV du *Family Law Act 1996*<sup>4</sup>. Les procédures civiles ordinaires sont par défaut toutes celles qui n'entrent pas dans la définition des procédures familiales<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Sont visées ici les procédures qui sont relatives au placement de l'enfant sous tutelle judiciaire (*wardship*), ainsi qu'à celles qui sont intentées en vertu des pouvoirs propres et discrétionnaires de la *High Court* (*inherent jurisdiction*). Sur ces notions voir *supra*. Sont également visées de manière générale les procédures relatives à l'acquisition, au retrait et à l'exercice de la responsabilité parentale sur l'enfant, à la tutelle de l'enfant, à la prise en charge de l'enfant par les services sociaux (*care order*) et au placement de ce dernier sous protection judiciaire (*protection order*). Enfin sont visées ici les procédures intentées sur le fondement de la section 8 du *Children Act 1989* (*contact, residence, prohibited step et specific issue orders*). Pour plus de détail sur la notion de procédure familiale, voir *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, paras 301 et s., pp. 130 et s.

<sup>2</sup> Ce sont toutes les procédures qui sont relatives à l'adoption de l'enfant.

<sup>3</sup> De manière générale sont visées ici les procédures qui sont relatives au divorce, à la nullité du mariage ou à la séparation des parents, au non-respect du versement d'une pension alimentaire en faveur des enfants, de l'ex-époux ou de l'ex-concubin, à la modification du montant de la pension alimentaire. Pour plus de détails sur ces procédures, voir *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 para. 304, p. 132.

<sup>4</sup> Sont visées ici les procédures visant à réglementer l'occupation du logement familial et à la protection de la famille contre les violences conjugales, voir *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 para. 304, p. 132.

<sup>5</sup> Par exemple ce sont les procédures relatives à l'emploi de l'enfant, aux *necessaries*, au *trust*, au règlement d'une succession...

## A. La représentation de l'enfant dans les procédures familiales

**674.** Au sein des procédures familiales, se distinguent deux types de procédures. D'abord celles qui concernent l'intimité de la famille et son mode d'organisation, ce sont les *private law proceedings*. Ensuite, celles qui naissent d'une intervention étatique au sein de la famille, du fait de la nécessité de protéger certains de ses membres les plus faibles ; ce sont notamment les procédures qui visent à la protection de l'enfant et qui appartiennent au corps des *public law proceedings*. L'enfant, s'il bénéficie automatiquement du statut de partie à la procédure, et d'une représentation appropriée dans les *public law proceedings* (1), ne se verra accorder le même bénéfice que de manière ponctuelle dans les *private law proceedings* (2).

### 1. La représentation de l'enfant dans les *public law proceedings*

**675.** En **droit anglais**, dans le cadre des *public law proceedings*, l'enfant dispose de la qualité de partie à l'instance <sup>1</sup>, dès son commencement. Toutefois, il n'est pas partie autonome, il sera représenté par un *children's guardian*. Cette fonction a été instaurée par le *Criminal Justice and Court Services Act 2000*<sup>2</sup>, toutefois les dispositions du *Children Act 1975* prévoyaient déjà l'existence d'un panel de *guardian ad litem* spécial, notamment chargé d'assurer la représentation de l'enfant en danger dans les procédures visant à sa protection.

**676.** En vertu des Règles de procédure aujourd'hui applicables aux *public law proceedings* : « Dès que possible après qu'ait été introduite une des procédures spécifiées (*specified proceeding*) (...) le juge doit nommer un *children's guardian* à moins –  
(...)(b) qu'il ne soit convaincu que cela n'est pas nécessaire à la protection des intérêts de l'enfant »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Règle 4.7 des *The family procedure rules SI 1991/1247* (amendé par le *SI 2001/821*).

<sup>2</sup> Pour plus de détails sur la mission du *children's guardian* voir *infra* n° 693 et s.

<sup>3</sup> « *As soon as practicable after the commencement of specified proceedings, (...), the court shall appoint a children's guardian unless –*

Si cette désignation n'a pas été faite au commencement de la procédure, il est prévu « *qu'à tout moment (...) une partie peut (...) demander au juge la désignation d'un children's guardian* »<sup>1</sup>. Cette désignation sera accordée « *à moins que le juge considère qu'elle n'est pas nécessaire à la protection des intérêts de l'enfant ; ce refus devra être motivé* »<sup>2</sup>. Cette désignation peut également être faite d'office à tout moment par le juge<sup>3</sup>.

**677.** Les procédures spécifiées, au cours desquelles la désignation d'un *children's guardian* à l'enfant revêt un caractère automatique<sup>4</sup>, sont celles qui sont visées par la section 41(6) du *Children Act 1989*<sup>5</sup>. Ces procédures concernent plus particulièrement la décision, la modification ou la caducité d'une ordonnance visant au placement de l'enfant sous protection judiciaire ainsi qu'à l'organisation, à titre provisoire ou définitif, de sa prise en charge consécutive par les services sociaux.

---

(...) (b) *the court considers that such an appointment is not necessary to safeguard the interests of the child* », section 4.10(1) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821) et section 10(1) des *family proceedings court (Children Act 1989) rules* SI 1991/1395 (amendé par le SI 2001/818).

<sup>1</sup> « *At any stage in specified proceedings a party may apply, (...) for the appointment of a children's guardian* », *The family procedure rules* SI 1991/1247 section 4.10(2) (amendée par le SI 2001/821), et *The family proceedings court (Children Act 1989) rules* SI 1991/1395 section 10(2) (amendée par le SI 2001/818).

<sup>2</sup> « *...Unless it considers such an appointment not to be necessary to safeguard the interests of the child, in which case it shall give its reasons* », *The family procedure rules* SI 1991/1247 section 4.10(3) (amendée par le SI 2001/821), et *The family proceedings court (Children Act 1989) rules* SI 1991/1395 section 10(3) (amendée par le SI 2001/818).

<sup>3</sup> « *At any stage in specified proceedings the court may, of its own motion appoint a children's guardian* », *The family procedure rules* SI 1991/1247 section 4.10(4) (amendée par le SI 2001/821), et *The family proceedings court (Children Act 1989) rules* SI 1991/1395 section 10(4) (amendée par le SI 2001/818).

<sup>4</sup> Section 41(1) du *Children Act 1989*.

<sup>5</sup> « *In this section 'specified proceedings means any proceedings –*  
(a) *on an application for a care order or supervision order ;*  
(b) *in which the court has given a direction under section 37(1) and has made or is considering whether to make, an interim care order ;*  
(c) *on an application for the discharge of a care order or the variation or the discharge of a supervision order ;*  
(d) *on an application under section 39(4) ; (substitution of a supervision order to a care order)*  
(e) *in which the court is considering whether to make a residence order with respect to a child who is the subject of a care order ;*  
(f) *with respect to contact between a child who is the subject of care order and any other person*  
(g) *under part V (protection of children) ;*  
(h) *on appeal against-*  
(i) *the making of, or the refusal to make a care order, supervision order or any order under section 34 ;*  
(ii) *the making of, or the refusal to make, a residence order with respect to a child who is the subject of a care order or ;*  
(iii) *the variation or the discharge, or refusal of an application to vary or discharge, of a kind mentioned in sub-paragraph (i) or (ii) ;*  
(iv) *the refusal of an application under section 39(4) ; or*  
(v) *the making or the refusal to make, an order under part V ; or*  
(i) *which are specified for the time being, for the purposes of this section, by rules of court* », *Children Act 1989* section 41(6). *Sur ce point voir infra.*

Ces procédures sont également celles qui sont relatives aux ordonnances de résidence ou de contact (*residence order* et *contact order*) avec un enfant pris en charge par les services sociaux (*care*). En raison de la nature même de ces procédures, en toute logique, les parents ne peuvent exercer la fonction de *children's guardian*.

**678.** À la différence du droit français, qui a choisi de donner à l'enfant bénéficiant de l'assistance éducative, une capacité procédurale pleine et entière <sup>1</sup>, le droit anglais a, quant à lui, tout en offrant cette même possibilité à l'enfant <sup>2</sup>, néanmoins organisé une prise en charge de l'enfant victime par un « *tandem* » <sup>3</sup> avocat-*children's guardian*. Afin d'assurer l'efficacité de ce tandem, l'enfant bénéficie de droit de l'aide juridictionnelle dans ces procédures <sup>4</sup>.

**679.** Il appartient au *children's guardian* de représenter l'intérêt de l'enfant dans la procédure ainsi que de renseigner le juge sur les mesures qui semblent opportunes à la protection de cet intérêt. Dans le cadre de cette mission, il lui est fait obligation de rendre un rapport contenant des recommandations en ce sens <sup>5</sup>. Il travaille également en étroite collaboration avec l'avocat de l'enfant, qu'il lui faut désigner <sup>6</sup>. Bien que l'avocat représente l'enfant, il reçoit néanmoins ses instructions directement du *children's guardian* <sup>7</sup>. C'est à ce dernier qu'il appartient de conduire la procédure et de décider des actions à entreprendre au nom de l'enfant. Ce tandem est souvent présenté comme un modèle parfait de conformité

---

<sup>1</sup> Ce qui ne va pas sans poser de difficultés dès lors que l'enfant en question ne sera pas doué de discernement. Sur ce point voir *infra* n° 710 et s.

<sup>2</sup> Sur l'enfant partie autonome à la procédure, voir *infra* n° 793 et s.

<sup>3</sup> Le modèle de représentation de l'enfant dans les *public law proceedings* est très souvent désigné en doctrine par les termes de *tandem system of representation*. Voir notamment J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 233 et s. ; C. Sawyers « Review, effective support services for children and young people when parental relationships breaks down – a child centred approach », 11.4 [1999] CFLQ, 447.

<sup>4</sup> J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 233.

<sup>5</sup> Règle 4.11A(7) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821), et règle 11A(6) des *family proceedings courts (Children Act 1989) Rules 1991*, SI 1991/1395 (amendé par le SI 2001/818).

<sup>6</sup> « *The children's guardian shall –*

(a) *appoint a solicitor to represent the child unless such a solicitor has already been appointed (...)* », Règle 4.11.A(1)(a) des *The family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821) et règle 11.A(1)(a) des *The family proceedings courts (Children Act 1989) Rules 1991*, SI 1991/1395 (amendé par le SI 2001/818).

<sup>7</sup> « *The children's guardian shall –*

(b) *(...) instruct the solicitor representing the child on all matters relevant to the interests of the child including possibilities for appeal, arising in the course of proceedings* ». Règle 4.11.A(1)(b) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821) et règle 11.A(1)(b) des *family proceedings courts (Children Act 1989) Rules 1991*, SI 1991/1395 (amendé par le SI 2001/818).

aux dispositions des conventions internationales relatives aux droits de l'enfant <sup>1</sup>, cependant certains points non satisfaisants ressortent avec évidence de l'étude de la pratique des *care proceedings*.

**680.** Il semble en effet qu'« *en pratique ce système apporte moins qu'il ne promet* » <sup>2</sup> et que le jeu de ce tandem conduise dans la plus grande majorité des cas à l'exclusion de l'enfant-partie du déroulement de la procédure. La réticence des juges à voir et entendre l'enfant en danger, partie à la procédure visant à sa protection, apparaît de manière flagrante dans l'étude menée par les professeurs Masson et Oakley <sup>3</sup>. Ainsi, dans la plupart des affaires, il est estimé que l'intérêt de l'enfant est suffisamment protégé et sa personne suffisamment représentée par son *children's guardian* <sup>4</sup>. Ce dernier ayant également la charge de porter à la connaissance du juge les souhaits et sentiments de l'enfant, la présence de celui-ci à l'audience est ainsi très fortement désapprouvée <sup>5</sup> et dans tous les cas reste soumise à autorisation judiciaire <sup>6</sup>.

**681.** L'enfant, dès lors qu'il aurait eu connaissance de la possibilité pour lui d'être présent, se trouve bien souvent directement et très fortement dissuadé dans cette entreprise par son *children's guardian*, voire son avocat <sup>7</sup>. Nous devons toutefois rappeler ici que les procédures relatives à la protection de l'enfant et à sa prise en charge par les services sociaux, ne sont pas de la compétence d'une juridiction spéciale. Le juge des enfants de droit français n'a pas d'homologue en droit anglais. Ainsi, ces affaires sont réglées par les juges civils de droit commun, en audience ordinaire. Aussi, la procédure orale d'interrogatoire et contre-

---

<sup>1</sup> Voir J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 233.

<sup>2</sup> « *In practice the system delivers less than it promises* », J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999, p. 146.

<sup>3</sup> J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999 voir notamment pp. 107-110, p. 117.

<sup>4</sup> J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 234.

<sup>5</sup> Voir sur ce point J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, pp. 234-235. Voir également les recommandations faites par le *Children Act Advisory Committee*, seul l'existence d'un bénéfice manifeste (*clear benefit*) pour l'enfant peut autoriser sa présence à l'audience (*Children Act Advisory Committee guidance* 1994 p. 45).

<sup>6</sup> En vertu de la section 95 du *Children Act 1989*.

<sup>7</sup> Voir sur ce point J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999, pp. 110-113. Il est toutefois à noter que les avocats d'enfants soient davantage enclins à soutenir une telle requête auprès du juge, *ibid.*, p. 111. La plupart du temps cette possibilité est présentée à titre ouvertement dissuasif comme étant une épreuve « *ennuyeuse* » (*boring*) pour l'enfant, *ibidem.*, p. 112.

interrogatoire des parties, et notamment des parents ou des proches de l'enfant par les avocats, peut justifier certaines réticences à l'égard de la présence de l'enfant, notamment afin de lui éviter un traumatisme supplémentaire.

**682.** Il apparaît toutefois que l'intérêt des autres parties en présence soit également avancé pour justifier le refus de la présence de l'enfant à l'audience, et notamment « *l'impact* » qu'elle pourrait avoir sur celles-ci et sur le juge <sup>1</sup>. Cette réticence des juges à avoir des contacts avec l'enfant-partie <sup>2</sup> et, notamment, de refuser sa présence à l'audience, nous semble pouvoir être battue en brèche sur bien des points et nous rejoignons dans leurs critiques les professeurs Masson et Fortin <sup>3</sup>.

**683.** En effet, si du point de vue de l'enfant certaines réticences semblent de prime abord justifiées, elles sont néanmoins, le fruit d'un paternalisme inopportun. En effet ces considérations ne sauraient faire oublier que, dans bien des cas, l'enfant est traumatisé en raison des faits qu'il a subis et non de la procédure qui en découle, et qu'il est peut-être « *trop tard pour le protéger d'une confrontation avec des documents pouvant potentiellement lui être préjudiciable* » <sup>4</sup>. Enfin, ces réticences constituent surtout une entrave à la participation de l'enfant dans une procédure à laquelle il est partie, et où, en tant que tel, il dispose du droit de prendre part à la décision qui affectera sa vie, que ce soit de manière provisoire ou définitive. Pour un auteur, cette situation ne peut perdurer dans la mesure où elle est propre à justifier de futures actions intentées par l'enfant, fondées sur la violation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme relatives au droit à un procès équitable, voire pour atteinte à sa vie familiale <sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999, p. 108, renvoyant au *Guide for guardian ad litem in public proceedings under the Children Act 1989*.

<sup>2</sup> Ce refus des juges ne serait-ce que de voir l'enfant apparaît être poussé à un point tel que le professeur Masson en vient à suggérer que le dossier contienne une description physique de l'enfant et que sa photo soit présentée à l'audience afin que les personnes qui décident de l'affaire mettent un visage sur son nom. Voir J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999 p. 145. « *But ensuring that reports contained a pen picture of each child and that a photograph of the child is in the court throughout the proceedings could help to remind everyone whose life they were talking about* ».

<sup>3</sup> Voir notamment J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999, p. 150. Voir également J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 235.

<sup>4</sup> « *It may be far to late to protect them from exposure to potentially damaging materials* », J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 235.

<sup>5</sup> J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 235.

**684.** Ainsi, de manière assez paradoxale, en droit anglais, le statut de partie à la procédure ne vient en rien renforcer la position de l'enfant dans l'instance relative à son placement sous protection. Il est une partie représentée qui ne dispose que de peu de moyens, voire d'aucun moyen, d'influencer véritablement la décision du juge. Certes, ses souhaits et sentiments seront rapportés au juge par son *children's guardian*, toutefois nous ne pouvons que constater que ce procédé a pour effet majeur d'exclure physiquement l'enfant du processus décisionnel. L'enfant partie-représentée dans la procédure visant à sa protection ne dispose pas de plus de pouvoirs que s'il était simplement concerné par la procédure <sup>1</sup>. Il ne bénéficie en effet de l'exercice d'aucun des pouvoirs normalement attachés à cette qualité <sup>2</sup>.

**685.** À la différence des *private law proceedings*, dans lesquelles l'enfant peut, sur autorisation judiciaire, exercer les droits des parties sans représentation <sup>3</sup>, dans les *public law proceedings*, l'enfant, afin d'être autorisé à conduire l'affaire directement en collaboration avec son avocat, doit, non seulement être discernant, mais encore soutenir une position qui serait *a priori* en contradiction avec les recommandations de son *children's guardian* <sup>4</sup>. De même, toujours à la différence des *private law proceedings*, une fois qu'un *children's guardian* aura été désigné pour représenter l'intérêt de l'enfant dans la procédure visant à sa protection, il ne sera plus possible à ce dernier de demander qu'il soit mis fin à ses fonctions, afin d'agir de manière autonome <sup>5</sup>. Aussi, le seul intérêt pour l'enfant à bénéficier de statut de partie semble alors se résumer à la faculté alors offerte à son *children's guardian* de faire appel de la décision <sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf le statut de l'enfant concerné par la procédure en droit anglais *supra* n° 416 et s.

<sup>2</sup> J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999 p. 117.

<sup>3</sup> Règle 9.2.A des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821). Sur ce point voir *infra* n° 871.

<sup>4</sup> « *A solicitor appointed under section 41(3) (...) shall represent the child (a) in accordance with instructions received from the guardian ad litem [children's guardian] unless the solicitor considers (...) that the child wishes to give instructions which conflict with those of the [children's guardian] and that he is able, having regard to his understanding, to give such instructions on his own behalf in which case he shall conduct the proceedings in accordance with instructions received from the child* », Règle 4.12(1)(a) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821) et règle 12(1)(a) des *family proceedings courts (Children Act 1989) Rules 1991*, SI 1991/1395 (amendé par le SI 2001/818). Sur l'enfant partie autonome voir *infra* n° 793.

<sup>5</sup> « *Similarly, a child who is the subject of care proceedings has no right to apply to discharge his guardian ad litem, that advantage is reserved (...) only to a minor in private law cases* » *In re S (A Minor) (Independent Representation)* [1993] fam 263, p. 273. Sur la représentation de l'enfant dans les *private law proceedings* Cf *infra* n° 871.

<sup>6</sup> J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999, p. 145. Voir également les règles 4.11.A(1)(b) des *family procedure rules 1991*, SI

**686.** Le degré d'implication de l'enfant dans la procédure visant à son placement sous protection est ainsi entièrement laissé à la discrétion de ses représentants, *children's guardian* et avocat. À ce sujet, les pratiques diffèrent tellement d'un praticien à l'autre qu'il semble très difficile de dresser un tableau représentatif du sort de l'enfant dans les *care proceedings*. Une seule tendance se distingue très nettement au vu de l'enquête menée par les professeurs Masson et Oakley <sup>1</sup>, c'est la faible implication de l'enfant ainsi que son manque d'accès aux éléments du dossier le concernant <sup>2</sup>.

**687.** Il apparaît en effet, que bien peu d'enfants parties ont, au même titre que l'ensemble des justiciables, connaissance du droit qui est le leur d'avoir accès aux éléments de leur dossier <sup>3</sup>. Ceci se conjugue avec le fait qu'un nombre limité d'avocats prend l'initiative de donner à l'enfant un accès contrôlé au dossier <sup>4</sup> et notamment au rapport que le *children's guardian* est tenu de présenter au juge <sup>5</sup>. Beaucoup d'avocats estiment en effet « *ne pas disposer des compétences nécessaires pour faire partager des éléments aussi sensibles* » à l'enfant <sup>6</sup>, et surtout considèrent qu'il appartient au *children's guardian* de jouer ce rôle <sup>7</sup>. L'opportunité de la communication à l'enfant du contenu du rapport présenté au juge par le *children's guardian*, est ainsi laissée à la discrétion de ce dernier.

**688.** À la différence des obligations qui pèsent sur le *children and family reporter* <sup>8</sup>, il n'existe aucune obligation légale pour le *children's guardian* de

---

1991/1247 (amendé par le SI 2001/821) et 11.A(1)(b) des *family proceedings courts (Children Act 1989) Rules 1991, SI 1991/1395* (amendé par le SI 2001/818).

<sup>1</sup> J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999.

<sup>2</sup> J. Masson & M. W. Oakley, *op. cit.*, p. 102.

<sup>3</sup> J. Masson & M. W. Oakley, *op. cit.*, p. 102

<sup>4</sup> Le professeur Masson fait à juste titre remarquer que la pratique va ici à l'encontre des règles de procédure posées en la matière, et notamment de la règle 4.12(2) des *The family procedure rules 1991, SI 1991/1247* (amendé par le SI 2001/821), qui impose à l'avocat représentant l'enfant dans ces procédures de l'informer, s'il est suffisamment mature, du contenu des documents qu'il s'est vu notifié au cours de la procédure. Voir J. Masson & M. W. Oakley, *op. cit.*, p. 105.

<sup>5</sup> Règle 4.11A(7) des *family procedure rules SI 1991/1247* (amendé par le SI 2001/821), et règle 11A(6) des *family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395* (amendé par le SI 2001/818). Pour plus de détails sur le rapport du *children's guardian* et son rôle de conseiller du juge (*amicus curiae*) voir *infra*.n° 710.

<sup>6</sup> « *Sollicitors generally thought that they did not have the skills necessary for communication of such sensitive matters* », J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999, p. 104.

<sup>7</sup> J. Masson & M. W. Oakley, *op. cit.*, p. 104.

<sup>8</sup> Le *children and family reporter* est notamment, en vertu de règles 4.11B(a) des *family procedure rules 1991, SI 1991/1247* (amendé par le SI 2001/821) et 11B(a) des *family proceedings courts (Children Act 1989) Rules 1991, SI 1991/1395* (amendé par le SI 2001/818), dans l'obligation d'informer l'enfant concerné par la procédure, du contenu du *welfare report*. Il doit informer l'enfant d'une manière appropriée à son âge et à son degré de maturité. Cf *supra* n° 534 et s.

communiquer à l'enfant les éléments pertinents du rapport. Il semblerait toutefois qu'un certain nombre d'entre eux fasse néanmoins cette démarche, tout en ne laissant accès à l'enfant qu'à un nombre très limité d'informations <sup>1</sup>.

**689.** L'enquête menée par les professeurs Masson et Oakley fait à ce sujet ressortir très nettement le sentiment de frustration qu'occasionne cette pratique chez les enfants-parties, notamment parce qu'ils savent que les autres parties y ont accès dans leur intégralité <sup>2</sup>. Le manque d'accès des enfants à ce document contribue notamment à les priver d'un moyen de comprendre et d'accepter la décision du juge <sup>3</sup>, et vient en porte-à-faux avec la mission d'information confiée au *children's guardian*. En effet, le *children's guardian* « doit s'assurer que la décision rendue par le juge

(a) soit notifiée à l'enfant s'il considère cela comme approprié au regard de l'âge et de la faculté de discernement de l'enfant

(b) si elle n'est pas notifiée à l'enfant, lui soit expliquée de manière appropriée au regard de son âge et de sa faculté de discernement » <sup>4</sup>.

**690.** Les compétences du *children's guardian*, en matière de travail social, doivent être utilisées afin de faire comprendre la décision à l'enfant et de la lui faire accepter, pour une bonne application de celle-ci dans le temps. Toutefois, là encore, les pratiques semblent assez hétérogènes, compte tenu du large pouvoir d'appréciation laissé au *children's guardian* en ce domaine. Cette tâche sera d'autant plus dure à accomplir que l'enfant n'aura pu participer de manière active à la mesure de protection qui affectera sa vie future.

**691.** En droit anglais, la faible implication de l'enfant-partie dans la procédure visant à sa protection, apparaît avec évidence alors que celle-ci nous semble plus que nécessaire dans ce type de procédure. Ce système a fait le choix de ne pas donner à l'enfant en danger une capacité procédurale pleine et entière et ce,

---

<sup>1</sup> J. Masson & M. W. Oakley, *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999 p. 106.

<sup>2</sup> J. Masson & M. W. Oakley, *op. cit.*, p. 106-107.

<sup>3</sup> J. Masson & M. W. Oakley, *op.cit.*, p. 106.

<sup>4</sup> « *The children's guardian shall ensure that, in relation to a decision made by the court in the proceedings –*

(a) *if he considers it appropriate to the age and understanding of the child, the child is notified of that decision ; and*

(b) *if the child is not notified of the decision, it is explained to the child in a manner appropriate to his age and understanding* », *The family procedure rules SI 1991/1247 section 4.11A(10)* (amendée par le SI 2001/821), et *The family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395 section 11A(10)* (amendée par le SI 2001/818).

au plus grand détriment de ce dernier <sup>1</sup>. Ce choix nous semble une nouvelle fois guidé par des considérations paternalistes qui ne sont pas compatibles avec l'évolution vers l'autonomie, que le droit semble prêt aujourd'hui à accorder au mineur, notamment dans un domaine aussi sensible que la maltraitance. La reconnaissance du statut de victime à l'enfant, et le besoin de prise en charge qui est le sien, ne sauraient passer par la négation de son statut de partie à la procédure.

## 2. La représentation de l'enfant dans les private law proceedings

**692.** En droit anglais, la représentation spécifique de l'enfant, qui est prévue de manière automatique dans les *public law proceedings*, n'existe que sous conditions dans les *private law proceedings*. De même, dans le cadre de ces dernières, les personnes désignées pour représenter l'enfant-partie peuvent varier selon les circonstances. Ainsi, l'enfant peut se voir désigner un *children's guardian* chargé de le représenter (a) ou bien voir son affaire confiée aux services de l'*official solicitor* et du *CAFCASS legal* (b).

### a. La représentation de l'enfant par le children's guardian

**693.** En **droit anglais**, la fonction de *children's guardian* correspond à celle de *guardian ad litem* <sup>2</sup> qui existait avant l'entrée en vigueur du *Criminal Justice and Court Services Act 2000*. Des mesures transitoires assurent la continuité de leur fonction, seule leur dénomination change <sup>3</sup>.

**694.** La désignation par le juge d'un *children's guardian* afin d'assurer la représentation de l'enfant n'est ainsi prévue de manière systématique que dans un nombre limité de procédures, qui appartiennent au corps des *public law*

---

<sup>1</sup> Cf la position du droit français au regard de la capacité de l'enfant en danger. C'est dans ce domaine que l'une des rares parcelles d'autonomie lui est accordée par le droit. Voir *infra* n° 831 et s.

<sup>2</sup> Par opposition à la fonction de *next friend*.

<sup>3</sup> Voir sur ce point, *The family procedure (Amendment) rules*, SI 2001/821, section 3, et *The family proceedings court (Children Act 1989) (amendment) rules* SI 2001/818, section 3.

*proceedings* Dans le cadre des autres procédures familiales, les *private law proceedings*, la désignation d'un *children's guardian* ne sera possible que si l'enfant s'est vu au préalable reconnaître le statut de partie à la procédure<sup>1</sup>. Cette obligation d'en passer par la reconnaissance à l'enfant du statut de partie pour pouvoir bénéficier d'une représentation indépendante afin de voir la protection de son intérêt assurée par un *children's guardian*, a été critiquée, à de nombreuses reprises, par une partie de la doctrine anglaise<sup>2</sup>.

**695.** Toutefois, à la différence du droit français, l'attribution du statut de partie à la procédure n'est pas régie par des règles procédurales strictes, l'intérêt de l'enfant à être partie est le principal critère pris en compte, ce qui ouvre largement la possibilité pour l'enfant de bénéficier d'une représentation séparée dans le cadre d'une procédure le concernant. En effet, dans le cadre des procédures familiales, le juge dispose de la faculté de désigner un *children and family reporter*<sup>3</sup>, spécialement chargé de faire des recommandations sur ce que requiert l'intérêt de l'enfant dans la procédure (*welfare report*). En vertu des Règles de procédure civile anglaise : « *le children and family reporter doit examiner s'il est de l'intérêt de l'enfant, que celui-ci devienne partie à la procédure* »<sup>4</sup>.

**696.** Le juge disposera néanmoins du pouvoir de décision ultime quant à l'octroi à l'enfant du statut de partie à la procédure<sup>5</sup>. Ainsi, en droit anglais, sur recommandation du *children and family reporter*, l'enfant peut intervenir dans une procédure le concernant afin de faire valoir un intérêt qui lui est propre<sup>6</sup>. En l'absence de désignation d'un *children and family reporter* dans la procédure ou de

---

<sup>1</sup> « *Without prejudice to rules 2.57 and 9.2A, if in any family proceedings it appears to the court that it is in the best interest of any child to be made a party to the proceedings, the court may appoint – (a) an officer of the service, (b) (if he consents) the official solicitor or, (c) (if he consents) some other proper person, to be the children's guardian of the child with authority to take part in the proceedings on the child's behalf* », Règle 9.5 des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821)

<sup>2</sup> Voir entre autres N. Wyld, « *Children's participation – myth or reality ?* », (1991) 3 JCL pp. 83-86, et plus particulièrement p. 83 où l'auteur dresse un tableau très négatif de la place laissée aux enfants dans les *private law proceedings*. Les critiques portent principalement sur la mauvaise qualité des rapports dressés par les anciens *children and family reporters*, seule possibilité offerte aux enfants de voir leur souhaits et sentiments rapportés au juge, « *The Children's Legal Center advice service reveals a large number of complaints from both children and their carers about the way in which welfare officers carry out these responsibilities. Children may not be seen at all and if they are their views are not always accurately reproduced. Such practices leaves children angry and frustrated* ».

<sup>3</sup> Pour plus de détails sur le *children and family reporter* voir *supra*.n° 529 et s.

<sup>4</sup> Règle 11B(5) des *family proceedings courts (Children Act 1989) Rules 1991*, SI 1991/1395 (amendé par le SI 2001/818).

<sup>5</sup> *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001, para. 458, p. 232.

<sup>6</sup> Pour plus de détails sur l'octroi de la qualité de partie à l'enfant dans une procédure le concernant sur recommandation du *children and family reporter* voir *supra*.n° 534 et s.

recommandations en ce sens, le juge disposera toujours de la faculté de faire bénéficier à l'enfant du statut de partie à la procédure de sa propre initiative <sup>1</sup>, si tel est l'intérêt de l'enfant. Il appartiendra alors au juge de lui désigner un *children's guardian* spécialement chargé de représenter son intérêt dans la procédure (*separate representation*).

**697.** La jurisprudence anglaise donne l'exemple d'une utilisation de ce mécanisme de représentation séparée de l'enfant dans les procédures le concernant, comme un moyen de régler les situations de conflit d'intérêts entre l'enfant et ses parents, à l'instar de ce qui est prévu dans les droits français et écossais <sup>2</sup>. En effet, dans une affaire *Re A (contact : separate representation)* <sup>3</sup>, dans le cadre d'une procédure relative à l'établissement d'un droit de visite, entre l'enfant âgée de trois ans et son père incarcéré, auquel la mère s'opposait, il apparaît très clairement que la désignation d'un *guardian ad litem* <sup>4</sup> pour représenter l'intérêt de l'enfant a été fondée notamment sur l'existence d'un conflit d'intérêts potentiel entre l'enfant et ses parents <sup>5</sup>.

**698.** Le mécanisme de représentation séparée qui met en place un tandem *children's guardian*-avocat dans les procédures familiales garantit à l'enfant la représentation de son intérêt propre dans la procédure, ainsi que la communication au juge de ses souhaits et sentiments <sup>6</sup>. Ce dernier objectif est déterminant dans le cadre des *private law proceedings*. En effet, la relative facilité, si on la compare avec la position du droit français en ce domaine, avec laquelle les juges anglais sont prêts à faire bénéficier l'enfant du statut de partie dans les procédures le concernant, doit être replacée dans un contexte où, à la différence du droit français, la voix de l'enfant n'atteint quasiment jamais le juge directement.

---

<sup>1</sup> « Without prejudice to rules 2.57 and 9.2A, if in any family proceedings it appears to the court that it is in the interests of any child to be made a party to the proceedings the court may appoint an officer of the service (...) to be the guardian ad litem of the child with authority to take part in the proceedings on the child's behalf » règle 9.5(1) de *The family procedure rules SI 1991/1247* (amendé par le *SI 2001/821*)

<sup>2</sup> Voir *infra* n° 743 et s.

<sup>3</sup> [2001] 1 FLR 715, [2001] Fam Law 350.

<sup>4</sup> Aujourd'hui *children's guardian*.

<sup>5</sup> « In the light of the particular problems facing both parents, of the allegation of sexual abuse, and the potential conflict of interest between each parent and the child, it was appropriate to add the child as a party to the contact proceedings, and to appoint a guardian ad litem for her », *Re A (contact : separate representation)* [2001] 1 FLR 715, [2001] Fam Law 350.

<sup>6</sup> Le *children's guardian* doit dans le cadre de sa mission assurer la transmission au juge des souhaits et sentiments de l'enfant, quand bien même ses recommandations n'iraient pas dans le sens souhaité par l'enfant. La mission première du *children's guardian* reste la représentation de l'intérêt de l'enfant dans la procédure.

**699.** Par conséquent, l'octroi du statut de partie à la procédure à l'enfant peut apparaître comme le contrepoids nécessaire à la réticence des juges et d'une grande partie de la doctrine anglaise à l'audition directe de l'enfant<sup>1</sup>. Face à l'augmentation du recours à la représentation séparée de l'enfant et son « *utilisation potentielle comme moyen de renforcer la voix de l'enfant dans les procédures familiales* »<sup>2</sup>, un guide d'application (*practice direction*) a été établi<sup>3</sup>, insistant sur le caractère exceptionnel de la représentation séparée de l'enfant dans les procédures familiales.

**700.** Cette faculté offerte aux juges de donner le statut de partie à l'enfant dans une procédure le concernant doit ainsi être limitée « *aux affaires soulevant une question d'une particulière difficulté* »<sup>4</sup>. Toute autre alternative doit être favorisée avant de recourir à cette solution, notamment en requérant la réalisation d'investigations plus poussées, par un travailleur social voire un expert<sup>5</sup>. Il est notamment donné en exemple de cas dans lesquels l'octroi du statut de partie à l'enfant serait opportun, les affaires médicales d'une particulière complexité<sup>6</sup>, celles qui comportent un élément d'extranéité<sup>7</sup> ou bien lorsque des accusations de maltraitance sur l'enfant, ou de violences conjugales, sont portées au cours de la procédure<sup>8</sup>, voire des affaires complexes de contestation de filiation<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sur la position du droit anglais au regard de l'audition de l'enfant voir *supra*. Voir également l'opinion du Juge Wall LJ dans l'affaire *Mabon v. Mabon and others* [2005] EWCA 634, [2005] 2 FCR 354.

<sup>2</sup> « *The potential use of separate representation to enable children to have a stronger voice in private family law proceedings* », M. Murch, « The voice of the child in private family law proceedings in England and Wales », IFLJ 2005 p. 18.

<sup>3</sup> Ces lignes directrices sont établies par des magistrats des juridictions supérieures. Les dernières en date sur ce point, *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, publiées en avril 2004, ont été établies par Lady Butler-Sloss, présidente de la Chambre de la famille à la Chambre des Lords (*House of Lords*) la juridiction supérieure anglaise.

<sup>4</sup> *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] fam law 459. Section 2, « *Making a child a party to the proceedings is a step that will be taken only in cases which involve an issue of significant difficulty...* ». L'intégralité de ces lignes directrices est disponible en ligne : [www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm](http://www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm)

<sup>5</sup> *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] fam law 459. Section 2, « *Before taking the decision to make the child a party, consideration should be given to whether an alternative route might be preferable, such as asking an officer of the CAF/CASS to carry out further work or by making a referral to social services or possibly, by obtaining expert evidence.* ». L'intégralité de ces lignes directrices est disponible en ligne : [www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm](http://www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm)

<sup>6</sup> « *Where there are complex medical or mental health issues to be determined or there are other unusually complex issues that necessitate separate representation of the child* », section 3.6 du *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] Fam Law 459.

<sup>7</sup> « *Where there are international complications outside child abduction, in particular where it may be necessary for there to be discussions with overseas authorities or a foreign court* » section 3.7 du *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] Fam Law 459.

<sup>8</sup> « *Where there are serious allegation of physical, sexual or other abuse in relation to the child or there are allegation of domestic violence not capable of being resolved with the help of a CAF/CASS officer* », section

**701.** Toutefois, l'utilisation de la représentation séparée afin de permettre au juge de se faire une opinion quant aux souhaits de l'enfant dans la procédure n'a pas été remise en cause. En effet, il est également donné comme exemple de situations dans lesquelles l'octroi du statut de partie à l'enfant serait approprié, notamment celles où « *les souhaits et opinions de l'enfant ne pourraient être établis de manière appropriée par un rapport fait au juge* »<sup>2</sup>.

**702.** À la lumière des possibilités offertes par l'audition directe de l'enfant par le juge, l'octroi du statut de partie à l'enfant pour atteindre un but identique peut sembler disproportionné. Néanmoins, elle offre la garantie à l'enfant de participer à la prise de décision et de voir son intérêt et sa volonté pris en considération, notamment par la possibilité qui lui sera alors offerte de contester la décision<sup>3</sup>.

**703.** Avec l'entrée en vigueur de l'*Adoption and Children Act 2002*<sup>4</sup>, la question se pose de savoir si l'automatisme de la représentation séparée de l'enfant ne devrait pas bientôt s'étendre à un nombre important de *private law proceedings*. En effet, la section 122 de cette loi nouvelle amende la section 41(6) du *Children Act 1989* en introduisant les procédures relatives aux ordonnances de la section 8 du *Children Act 1989*<sup>5</sup> au titre des procédures spécifiées<sup>6</sup>, qui autorisent la représentation automatique de l'enfant par le tandem *children's guardian*-avocat. Dans l'attente des décrets d'application permettant la mise en œuvre de cette

---

3.8 du *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] Fam Law 459.

<sup>1</sup> « *Where there is a contested issue about blood testing* », section 3.10 du *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] Fam Law 459.

<sup>2</sup> « *Where the views and wishes of the child cannot be adequately met by a report to the court* », section 3.5 du *President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] Fam Law 459. L'intégralité de ces lignes directrices est disponible en ligne : [www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm](http://www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm)

<sup>3</sup> Sur les critiques qui se sont élevées sur l'octroi du statut de partie à l'enfant dans les procédures le concernant voir *supra* n° 534 et s.

<sup>4</sup> L'entrée en vigueur de cette loi était prévue pour septembre 2005, voir sur ce point J. T. Obe, « *Children's voice as agent of dispute resolution* », Fam LJ 34 [2004] 855.

<sup>5</sup> Pour rappel les ordonnances de la section 8 du *Children Act 1989* sont au nombre de quatre. La *residence order* qui vise à obtenir pour son bénéficiaire la résidence de l'enfant. La *contact order* qui donne à son bénéficiaire le droit d'avoir des contacts avec l'enfant, ceux-ci pouvant aller du contact épistolaire ou téléphonique, à un véritable droit de visite et d'hébergement. La *prohibited step order* qui constitue une injonction de ne pas faire à l'encontre de la partie adverse, celle-ci se trouvant alors dans l'obligation de solliciter une autorisation judiciaire avant d'agir. Enfin la *specific issue order*, qui permet la résolution d'une question spécifique relative à l'enfant, par exemple en cas de conflit parental relatif à l'administration d'un traitement médical à l'enfant ou bien encore relatif à ses pratiques religieuses.

<sup>6</sup> Une sous section 6A est introduite par l'*Adoption and Children Act 2002* dans la section 41(6) du *Children Act 1989*, laquelle dispose : « *The proceedings which may be specified under subsection 6(i) include (for example) proceedings for the making, varying or discharging of a section 8 order* ».

réforme, nous pouvons néanmoins nous interroger sur ses conséquences pratiques, et nous étonner à l'instar de certains praticiens anglais, de l'absence de réaction doctrinale face à ce changement <sup>1</sup>. Étendre la représentation spécifique automatique de l'enfant à l'ensemble des ordonnances de la section 8, contribue à lui reconnaître automatiquement la qualité de partie dans les procédures le concernant et notamment celles qui règlent les conséquences à son égard d'une séparation parentale. Le coût de la mise en œuvre d'une telle réforme ne sera pas négligeable <sup>2</sup> et les changements que cela occasionnera ne nous semblent pas devoir apporter de bénéfice réel en pratique, notamment quant à la participation active de l'enfant à la prise de décision le concernant.

**704.** En effet, l'étude de la pratique de ce tandem *children's guardian*-avocat dans les *care proceedings* <sup>3</sup> nous permet de douter de son efficacité et de sa pertinence au regard des ordonnances de la section 8 du *Children Act 1989*. Dans ces procédures, où il est fondamental de garantir la place de l'enfant et la prise en compte par le juge de ses souhaits, l'octroi systématique du statut de partie à l'enfant ne semble pas le moyen le plus simple de parvenir à cette fin <sup>4</sup>. Ceci d'autant que la représentation de l'enfant par le *children's guardian* peut conduire à son exclusion physique du processus décisionnel, à l'instar des pratiques développées dans le cadre des procédures visant à sa protection.

**705.** L'octroi du statut de partie à l'enfant et la représentation de son intérêt par un *children's guardian* permettra de garantir l'information du juge relative aux souhaits et sentiments de l'enfant. Toutefois, si cela ne s'accompagne pas d'une implication directe de l'enfant dans la procédure, voire d'un contact direct avec le juge, cela n'apportera rien de plus aux mécanismes déjà en place dans les *private law proceedings*, et notamment à celui permettant le rapport au juge des souhaits et sentiments de l'enfant par un *children and family reporter* <sup>5</sup>.

**706.** La représentation de l'intérêt de l'enfant par une personne spécifique dans l'ensemble des procédures relatives à la section 8 du *Children Act 1989*, n'apparaît alors que comme un palliatif au refus d'accorder une place physique à l'enfant dans la procédure. Les résultats escomptés d'une telle réforme nous

---

<sup>1</sup> Voir notamment J. T. Obe, « Children's voice as agent of dispute resolution », *Fam L J* 34 [2004] 855.

<sup>2</sup> L'enfant qui bénéficie de la représentation par un *children's guardian* se voit automatiquement accordé le bénéfice de l'aide juridictionnelle.

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 675 et s.

<sup>4</sup> Voir *supra* n° 675 et s.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 416 et s.

semblent dans bien des cas pouvoirs être atteints par une simple audition de l'enfant. En effet, l'intérêt de donner à l'enfant le statut de partie à la procédure apparaît alors encore une fois comme un moyen de garantir l'expression de sa volonté afin de faire de celle-ci « *un agent actif de résolution du conflit* »<sup>1</sup>.

**707.** Quant à la faculté ainsi ouverte à l'enfant-partie, ou plutôt à son *children's guardian*, de faire appel de la décision le concernant, elle ne nous apparaît pas comme une innovation. En effet, il nous faut mentionner ici que l'enfant discernant, lorsqu'il a obtenu l'autorisation judiciaire à agir (*leave*), dispose déjà à l'heure actuelle du pouvoir de solliciter la mise en œuvre ou la modification d'une ordonnance de la section 8 du *Children Act 1989* prise à son égard<sup>2</sup>. Ce pouvoir d'action lui est reconnu en propre, il n'a pas à être représenté dans sa démarche.

**708.** Faire entrer les ordonnances de la section 8 dans la catégorie des procédures spécifiées (*specified proceedings*) aurait également pour effet de supprimer la possibilité offerte à l'enfant de solliciter la mise en œuvre des dispositions de la règle 9.2.A des *Family Proceeding Rules 1991*, afin de se voir autorisé par le juge, à agir ou défendre dans une procédure familiale de *private law*, sans représentation<sup>3</sup>. La représentation systématique de l'enfant, par un *children's guardian*, dans les procédures relatives aux ordonnances de la section 8, qui sont parmi les plus importantes en nombre, risquerait sans aucun doute de contrecarrer la parcelle d'autonomie que le droit anglais a accordé à l'enfant en ce domaine, même s'il est vrai, cependant, qu'elle n'est mise en œuvre en pratique qu'avec parcimonie<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> « *The potential of children's voices as active agents of dispute resolution is well worth exploring* », J. T. Obe, « Children's voice as agent of dispute resolution », Fam L J 34 [2004] 855. En amont l'auteur présente le mécanisme de *tandem representation* comme un moyen de s'assurer des souhaits de l'enfant. « *The National Youth Advocacy Service (NYAS) has been extensively involved in the representation of children in residence and contact disputes using a model of tandem representation which ascertains the views of the child involved...* », *ibidem*.

<sup>2</sup> « *Where the person applying for leave to make an application for a section 8 order is the child concerned, the court may only grant leave if it is satisfied that he has sufficient understanding to make the proposed application for the section 8 order* », section 10(8) du *Children Act 1989*

<sup>3</sup> « *So far as they relate to minors who are the subject of applications, the provisions of this Part of these rules shall not apply to proceedings which are specified proceedings within the meaning of section 41(6) of the Children Act 1989...* », règle 9.1(1)(2) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SI 1991-2113 et SI 2001/821). Ainsi, en vertu des ces dispositions la règle 9.2.A ne s'applique pas aux procédures spécifiées. Sur l'action sans représentation de l'enfant dans les *private law proceedings* voir *infra* n° 871 et s.

<sup>4</sup> Il apparaît en effet, que faute pour le législateur d'avoir précisé les modalités d'application de cette nouvelle capacité du mineur et face à la libre interprétation des dispositions requérant une capacité de discernement suffisante chez l'enfant (*sufficient understanding*), des hésitations existent en

**709.** Le *children's guardian* est un *officer*, il peut être membre du *CAFCASS legal*. Cette fonction n'est pas de celle dont les parents de l'enfant peuvent être titulaires à son égard. Pour une meilleure protection des intérêts de l'enfant-partie à la procédure le concernant, une préférence est donnée à la désignation d'un *children's guardian* ayant éventuellement déjà exercé ces fonctions à l'égard de l'enfant<sup>1</sup>. Les fonctions du *children's guardian* consistent en un accompagnement de l'enfant dans la procédure et à la protection de son intérêt. Son rôle semble ainsi se rapprocher de celui de l'administrateur *ad hoc* en droit français. Sa mission dans les *private law proceedings* est identique à celle qu'il exerce dans les *public law proceedings*<sup>2</sup>. Ainsi, sauf à ce que l'enfant puisse exercer ses droits directement<sup>3</sup> il lui appartient de désigner un avocat à l'enfant<sup>4</sup>, de lui donner des instructions sur la conduite de la procédure et d'exercer éventuellement les voies de recours qui sont ouvertes à l'enfant-partie<sup>5</sup>.

**710.** Le *children's guardian* a également pour mission de conseiller le juge sur ce que requiert l'intérêt de l'enfant dans divers domaines. Il dispose à ce titre du statut d'*amicus curiae*, d'ami de la Cour. Une liste des domaines relevant de cette compétence de conseil a été dressée<sup>6</sup>. Ainsi, le *children's guardian* se doit de renseigner le tribunal dans les domaines suivants :

---

pratique quant à sa mise en œuvre. Voir sur ces difficultés J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 225. Il est également à noter que la décision de dispenser ou non l'enfant d'un *children's guardian* appartient en dernier ressort au juge, celui-ci dispose alors du pouvoir de remettre en cause l'appréciation du discernement de l'enfant par l'avocat qui a accepté de recevoir directement ses instructions de ce dernier. Voir sur ce point la règle 9.2A(10) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821), voir également *In re T (A Minor) (Child : Representation)* [1994] Fam 49.

<sup>1</sup> « *When appointing a children's guardian the court shall consider the appointment of anyone who has previously acted as children's guardian of the same child* », règle 4.10(8) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821), et règle 10(8) des *family proceedings courts (Children Act 1989) Rules 1991*, SI 1991/1395 (amendé par le SI 2001/818).

<sup>2</sup> Voir *supra* n° 675 et s.

<sup>3</sup> Dans les procédures familiales de *private law* l'enfant peut être autorisé par le juge à agir ou à défendre sans représentation en vertu des dispositions de la règle 9.2.A des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821). Sur ce point voir *infra* n° 871 et s.

<sup>4</sup> Si le *children's guardian* est un membre du *CAFCASS legal*, il se trouve dispensé de l'obligation de désigner un avocat, il peut ainsi conduire la procédure devant la *High Court* sans assistance, en vertu de la règle 4.11.A(2) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821).

<sup>5</sup> Voir *supra*. Règle 4.11A(1) des *family procedure rules SI 1991/1247* (amendé par le SI 2001/821), et règle 11A(1) des *family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395* (amendé par le SI 2001/818).

<sup>6</sup> *The family procedure rules SI 1991/1247* section 4.11A(4) (amendée par le SI 2001/821), et *The family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395* section 11A(3) (amendée par le SI 2001/818).

« (a) l'existence d'une faculté de discernement suffisante chez l'enfant, quelle que soit la question, y compris pour ce qui est du refus de l'enfant de se soumettre à un examen psychiatrique ou médical, ou toute autre évaluation qu'il est au pouvoir du juge de requérir ;

(b) les souhaits de l'enfant au regard de toutes les questions relatives à la procédure, y compris sa présence à l'audience ;

(c) le lieu le plus approprié au déroulement de la procédure

(d) le calendrier de procédure le plus approprié

(e) les différentes options qui s'offrent au juge en ce qui concerne l'enfant, l'adéquation de chacune d'elles à la situation, ainsi que des recommandations relatives à la décision à prendre ; et

(f) toute question pour laquelle le juge requiert son avis, ou pour laquelle il estime devoir informer le juge »<sup>1</sup>.

**711.** Dans le cadre de cette compétence de conseil, il est fait obligation au *children's guardian* de rendre un rapport au juge contenant des recommandations relatives à la protection de l'intérêt de l'enfant, au plus tard quatorze jours avant l'audience<sup>2</sup>. Ce rapport sera transmis à chacune des parties<sup>3</sup>, toutefois l'enfant-partie n'aura aucun accès direct à ces éléments, le rapport étant notifié à son avocat.

**712.** Le rôle de protecteur des intérêts de l'enfant dévolu au *children's guardian* apparaît ici très nettement. Il doit rapporter au juge les désirs de l'enfant,

---

<sup>1</sup> « Unless excused by the court the children's guardian (...) shall advise the court on the following matters-

(a) whether the child is of sufficient understanding for any purpose including the child's refusal to submit to a medical or psychiatric examination or other assessment that the court has the power to require, direct or order ;  
(b) the wishes of the child in respect of any matter relevant to the proceedings including his attendance at court ;  
(c) the appropriate forum for the proceedings ;

(d) the appropriate timing of the proceedings or any part of them ;

(e) the options available to it in respect of the child and the suitability of each such option including what order should be made in determining the application ; and

(f) any other matter concerning which the court seeks his advice or concerning which he considers that the court should be informed » règle 4.11A(4) des *family procedure rules* SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821), et règle 11A(3) des *family proceedings court (Children Act 1989) rules* SI 1991/1395 (amendé par le SI 2001/818).

<sup>2</sup> *The children's guardian shall, unless the court otherwise directs not less than 14 days before the date fixed for the final hearing of the proceedings –*

(a) *file a written report advising on the interests of the child... »*, règle 4.11A(7)(a) des *family procedure rules* SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821), et règle 11A(6)(a) des *family proceedings court (Children Act 1989) rules* SI 1991/1395 (amendé par le SI 2001/818).

<sup>3</sup> « *The children's guardian shall, unless the court otherwise directs not less than 14 days before the date fixed for the final hearing of the proceedings – (...)*

(b) *serve a copy of the filed report on the other parties »*, règle 4.11A(7)(b) des *family procedure rules* SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821), et règle 11A(6)(b) des *family proceedings court (Children Act 1989) rules* SI 1991/1395 (amendé par le SI 2001/818)

cependant en tant que protecteur de l'intérêt de l'enfant, il peut ne pas les suivre dans ses recommandations. Aussi, la possibilité qu'un conflit s'élève entre l'enfant et son *children's guardian* n'est pas exclue. Dans cette hypothèse, il sera alors possible à l'enfant, sur autorisation du juge (*leave*), de bénéficier des dispositions des *Family Proceeding Rules 1991*, qui l'autorisent à demander à ce qu'il soit mis fin aux fonctions de son *children's guardian* et consécutivement à agir et défendre dans la procédure sans représentation, sous réserve de disposer d'une capacité de discernement suffisante <sup>1</sup>.

**713.** La représentation de l'enfant par une personne spécialement désignée n'est pas une mission appartenant exclusivement au *children's guardian*. En effet, dans un certain nombre de procédures, en fonction de leur nature et de leur degré de complexité, celle-ci sera confiée aux services de l'*official solicitor* ou du *CAFCASS legal*.

#### b. La représentation par l'*official solicitor* et le rôle du *CAFCASS legal*

**714.** En **droit anglais**, la représentation de l'enfant par une personne autre que le *children's guardian* est très exceptionnelle. En effet, ce dernier dispose d'une compétence générale en ce domaine. Toutefois, lorsque l'affaire soulève une question juridique complexe, et que les compétences de ce dernier ne sont plus suffisantes pour assurer la meilleure représentation de l'enfant dans la procédure, il sera fait appel aux services de l'*official solicitor* (α) ou du *CAFCASS legal* (β) pour assurer cette fonction. Si le besoin de représentation des plus faibles est à l'origine de la création de la fonction d'*official solicitor*, la mission de *children's guardian* confiée aux *officers* du *CAFCASS legal* est née en l'an 2000, afin de décharger le premier d'une partie de ses fonctions et de renforcer l'exclusivité de sa propre compétence en matière de représentation de l'enfant.

---

<sup>1</sup> Règles 9.2A(4) et 9.2A(6)(b) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821). Voir également les affaires *Re N (contact : minor seeking leave to defend and removal of guardian)* [2003] 1 FLR 652 et *In re S (A minor) (Independent Representation)* [1993] fam 263 ; [1993] 2 FLR 437 ; [1993] 2 WLR 801 ; [1993] 3 All ER 36 CA (pour un rejet de la demande de l'enfant). *In re H (A minor) (Guardian ad Litem : requirement)* [1994] fam 11 (pour une acceptation de la demande de l'enfant).

### α. L'official solicitor

**715.** En Angleterre, les personnes considérées comme les plus vulnérables, les enfants et les personnes souffrant d'une altération de leurs facultés mentales, ont toujours pu bénéficier d'une protection juridique particulière. Notamment, leur représentation devant la Cour de Chancery a été assurée dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle par l'*Office of the Six Clerks*<sup>1</sup>. C'est en 1871, que fut créée l'institution d'*official solicitor* auprès de la *High Court of Chancery*<sup>2</sup>. Sa compétence s'étendra finalement à l'ensemble des juridictions supérieures *High Court* et *County Court*<sup>3</sup>. En vertu de la section 90(1) du *Supreme Court Act 1981*, l'*official solicitor* est nommé par le *Lord Chancellor* (Ministre de la Justice)<sup>4</sup>. Il dispose d'une formation juridique solide puisqu'il doit avoir exercé la fonction d'avocat pendant au moins dix ans, toutefois il dispose d'un statut particulier puisque celui-ci est « *celui des juges de la High Court, ce qui lui assure une certaine indépendance par rapport au pouvoir exécutif* »<sup>5</sup>.

**716.** En tant qu'avocat, l'*official solicitor* a pour mission première d'offrir une représentation en justice aux personnes qui autrement en seraient dépourvues. Avant l'entrée en vigueur du *Criminal Justice and Court services Act 2000*, lorsqu'elle s'appliquait à l'enfant, cette compétence pouvait être étendue à la fonction de *guardian ad litem* [aujourd'hui *children's guardian*] notamment dans le cadre des procédures spécifiées (*public law proceedings*) qui visent à la protection de l'enfant<sup>6</sup>. Dans ces procédures, les compétences des *guardian ad litem* attachés au tribunal et celles de l'*official solicitor* se trouvaient alors concurrentes. Dans le cadre du placement de l'enfant sous tutelle judiciaire (*wardship*), une préférence était

---

<sup>1</sup> N. H. Lowe & R. A. H. White, *Wards of Court*, 2<sup>e</sup> éd. Barry Rose 1986, p. 193.

<sup>2</sup> « *Official solicitor to the High Court of Chancery* », N. H. Lowe & R. A. H. White, *Wards of Court*, 2<sup>e</sup> éd. Barry Rose 1986, p. 194.

<sup>3</sup> « *The Official solicitor to the Supreme Courts of Judicature* », N. H. Lowe & R. A. H. White, *op.cit.*, p. 194.

<sup>4</sup> « *There shall continue to be an official solicitor to the supreme Court, who shall be appointed by the Lord Chancellor* », section 90(1) du *Supreme court Act 1981*.

<sup>5</sup> « *He must be a solicitor of at least 10 years' standing (...). His tenure is similar to that of a High Court Judge, so that he enjoys a measure of independence from the Executive* », N. H. Lowe & R. A. H. White, *op. cit.*, p. 194.

<sup>6</sup> « *Where in specified proceedings, in the High Court or the Court of Appeal no guardian ad litem has been appointed and there are 'exceptional circumstances which make it desirable in the interests of the welfare of the child concerned that the official solicitor shall be appointed, the court may appoint the official solicitor to represent the child* », J. Masson, « *The official solicitor as the child's guardian ad litem under the Children Act 1989* » (1992) 4 JCL 58.

même donnée à l'*official solicitor*, sur les *guardian ad litem* « ordinaires »<sup>1</sup>. Dans l'exercice de ses fonctions de *guardian ad litem*, l'*official solicitor* était notamment chargé de faire des recommandations au juge quant aux mesures qui seraient les plus protectrices des intérêts de l'enfant, dans l'affaire en cours.

**717.** Certaines critiques se sont toutefois élevées à l'encontre du fonctionnement de l'institution de l'*official solicitor*, notamment quant à la compatibilité des fonctions de représentant de l'enfant en justice et de protecteur de ses intérêts. Pour Mme le professeur Masson, il est possible de s'interroger « *sur l'efficacité de son action en tant que guardian ad litem en l'absence de rapports étroits avec des spécialistes* »<sup>2</sup>. En effet, si les membres du bureau de l'*official solicitor* sont des professionnels du droit, « *ce sont des fonctionnaires qui ne disposent pas de qualifications en matière de travail social* »<sup>3</sup>, ni en matière de protection de l'enfance. Cette lacune les amène à avoir habituellement recours à des experts, plus particulièrement aux experts psychiatres. Il est apparu que les rapports remis au juge, contenant les recommandations relatives à l'intérêt de l'enfant, reposaient pour une bonne part sur les rapports rendus par les experts : « *dans 41 pour cent des cas (54 pour cent des affaires relative au placement sous protection de l'enfant) l'official solicitor s'est considérablement appuyé sur un rapport préparé par un psychiatre* »<sup>4</sup>. De même, la pesanteur du fonctionnement de l'institution de l'*official solicitor* a pu être critiquée par le passé.

**718.** En effet les services de l'*official solicitor* sont situés à Londres, et, pour certains auteurs, cette centralisation accentuait les difficultés liées aux délais dans les procédures<sup>5</sup>. Ceci constituait très certainement un obstacle à une meilleure

---

<sup>1</sup> « *The official solicitor should be the first person to be asked whether he consents to being appointed as guardian ad litem* », opinion du juge Dunn LJ dans l'affaire *Re C (a Minor) (Wardship : Proceedings)* [1984] FLR 419.

<sup>2</sup> « *It is questionable how effectively they could operate guardian ad litem services without such heavy dependence on consultants* », J. Masson, « *The official solicitor as the child's guardian ad litem under the Children Act 1989* » (1992) 4 JCL 59,

<sup>3</sup> J. Masson, « *The official solicitor as the child's guardian ad litem under the Children Act 1989* » (1992) 4 JCL p. 59, « *those undertaking enquiries for the official solicitor are civil servants without social work qualifications* ».

<sup>4</sup> J. Masson, « *The official solicitor as the child's guardian ad litem under the Children Act 1989* » (1992) 4 JCL p. 59 « *in 41 per cent of the cases (54 per cent of the care cases) the official solicitor placed heavy reliance on a report prepared by a psychiatrist* ».

<sup>5</sup> « *The size of the department is such that there is delay in the preparation of reports, and in some cases it will affect the outcome of the case (...). These difficulties may be exacerbated by the fact that the official solicitor operates only from London, so that the officers may be involved in extensive travelling* », N. H. Lowe & R. A. H. White, *Wards of Court*, 2<sup>e</sup> éd. Barry Rose 1986, p. 216.

efficacité de cette institution. Il nous semble en effet, que la proximité est un élément garantissant l'efficacité dans la représentation de l'enfant ainsi que la rapidité dans l'exécution de sa mission.

**719.** Le *Criminal Justice and Court services Act 2000* a remédié en partie à ces critiques en donnant au *Children and Family Court Advisory and Support Service* (CAFCASS) la compétence de représenter les enfants en justice. En vertu de la section 12(1)(c) de cette loi « *quand dans les procédures familiales la question de la détermination de l'intérêt de l'enfant se pose ou est susceptible de se poser, il appartient au Service [le CAFCASS] -*

*(g) de prendre des dispositions relatives à la représentation de l'enfant dans ces procédures* »<sup>1</sup>. Le CAFCASS a donc créé un organe, le *CAFCASS Legal Service and Special Casework*, plus généralement désigné sous le terme *CAFCASS legal*, chargé « *principalement de prendre en charge la responsabilité de l'official solicitor de représenter en justice les enfant parties aux procédures familiales* »<sup>2</sup>. Ce transfert de compétences est entré en application le 1<sup>er</sup> avril 2001<sup>3</sup>.

**720.** L'institution de l'*official solicitor* subsiste néanmoins et sa compétence de représentation des personnes les plus vulnérables a été redéfinie<sup>4</sup>. Il conserve une compétence vis-à-vis des majeurs incapables. L'*official solicitor* représentera en justice les intérêts du majeur incapable lorsqu'il n'existe personne d'autre compétente pour le faire<sup>5</sup>. De même, « *en l'absence de personne désireuse et compétente pour le faire, l'official solicitor agira en tant que next friend ou guardian ad litem de l'enfant partie à une procédure familiale quand l'intérêt de celui-ci n'est pas l'enjeu de la procédure*

---

<sup>1</sup> « *In respect of family proceedings in which the welfare of children is or may be in question, it is a function of the service to – (...) (g) make provisions for the children to be represented in such proceedings* », *Criminal Justice and Court Services Act 2000* section 12(1)(c).

<sup>2</sup> « *Principally to take over the official solicitor's responsibilities of representing children who are the subject of family proceedings* », *CAFCASS practice note* (mars 2001) section 3.

<sup>3</sup> « *À compter du 1<sup>er</sup> avril 2001 l'official solicitor ne représentera plus les enfants parties dans des procédures familiales* » ; « *From 1 April 2001 the official solicitor will no longer represent children who are the subject of family proceedings* », *CAFCASS practice note* (avril 2001) section 2.

<sup>4</sup> Il est à noter que l'*official solicitor* dispose par ailleurs d'autres compétences qui lui sont attribuées de manière exclusive, notamment celle de gérer les sommes d'argent qui seraient versées à l'enfant au cours d'un procès notamment au titre de dommages et intérêts. Voir règle 21.11 des *Civil Procedure Rules 1998*. *SI 1998/3132*.

<sup>5</sup> *CAFCASS practice note* (avril 2001) section 4.

*engagée* »<sup>1</sup>. Un certain nombre d'exemples de procédures dans lesquelles l'*official solicitor* peut être chargé de représenter l'enfant dans le cadre d'une procédure le concernant, sont exposés dans la section 5 du *CAFCASS practice note (avril 2001)*. La liste présente les exemples les plus fréquemment rencontrés sans être exhaustive.

**721.** Ainsi les services de l'*official solicitor* pourront être sollicités pour représenter :

« (a) un mineur défendeur à une procédure de placement sous protection ou d'adoption engagée à l'égard de son propre enfant (...)

(b) un enfant demandant à bénéficier d'une ordonnance prévue par le *Children Act 1989* à l'égard d'un autre enfant (généralement une ordonnance accordant un droit de visite entre frères et sœurs)(...)

(c) un enfant devant témoigner afin d'aider à la détermination des faits dans une affaire concernant un autre enfant, et pouvant demander à bénéficier du statut de tiers intervenant à la procédure (...)

(d) un enfant partie à une demande visant à obtenir le bénéfice des dispositions de partie III du *Family Law Act 1986* (ie la mise en place d'une médiation dans le cadre d'une séparation)

(e) un enfant intervenant dans le cadre d'une procédure de divorce ou d'une procédure relative au règlement de questions financières (*ancillary relief*)

(f) un enfant demandeur ou défendeur dans le cadre d'une procédure mise en œuvre sur le fondement de la partie IV du *Family Law Act 1996* (procédures relatives à l'occupation du logement familial et au traitement des problèmes de violence conjugale) »<sup>2</sup>.

**722.** Ces exemples nous montrent l'étendue des nouvelles fonctions de l'*official solicitor* dans la représentation de l'enfant en justice. Il faut cependant

---

<sup>1</sup> « *Again in the absence of any other willing and suitable person, the official solicitor will act as next friend or guardian ad litem of a child party whose own welfare is not the subject of the family proceeding* », *CAFCASS practice note (avril 2001)* section 5.

<sup>2</sup> « (a) *A child who is also the parent of a child, and who is a respondent to a Children Act or Adoption Act application. (...)*

(b) *a child who wishes to make an application for a Children Act order naming another child (typically a contact order naming a sibling). (...)*

(c) *a child witness to some disputed factual issue in a children case and who may require intervener status. (...)*

(d) *a child party to a petition for a declaration of status under part III of the Family Law Act 1986*

(e) *a child intervener in a divorce or ancillary relief proceedings*

(g) *a child applicant for or respondent to, an application for an order under part IV of the Family Law Act 1996. (...)* », *CAFCASS practice note (avril 2001)* section 5.

garder à l'esprit que cette compétence de l'*official solicitor* n'est que subsidiaire, il ne représentera l'enfant que lorsque ce dernier se trouvera sans personne pour représenter ses intérêts. Dans ces différentes hypothèses, dès lors que l'enfant se trouve demandeur à l'action, l'*official solicitor* devra « *s'assurer que l'action bénéficiera à l'enfant avant de la poursuivre* »<sup>1</sup>.

**723.** Une préférence est accordée à l'*official solicitor* lorsqu'il s'agit de représenter les intérêts d'enfants dont les facultés mentales sont altérées, lorsque cette altération risque de se poursuivre au-delà de leur majorité<sup>2</sup>. Il en est de même dans les affaires médicales qui soulèvent des questions éthiques<sup>3</sup>, ou dans les affaires qui contiennent un élément d'extranéité<sup>4</sup>. L'*official solicitor* conserve une compétence de *guardian ad litem* à l'égard de l'enfant dans « *les affaires particulièrement difficiles ou complexes engagées sur le fondement du Children Act, en matière de tutelle judiciaire ou d'adoption, devant les High Court et County Court* »<sup>5</sup>. Après consultation du *CAFCASS legal*<sup>6</sup>, l'*official solicitor* ne sera désigné que si sa désignation semble la plus appropriée, au regard des possibilités offertes par le premier.

**724.** Une des illustrations les plus marquantes du rôle essentiel que continue de jouer l'*official solicitor* dans le système de représentation du mineur, fut l'affaire *A (Conjoined Twins : Surgical separation)*<sup>7</sup>. Cette affaire fut très médiatisée à l'époque, deux sœurs Jodie et Mary étaient nées siamoises, liées par le bassin. Il s'avéra que Jodie maintenait Mary en vie. Mary sans être liée à Jodie ne serait pas née viable. Si les sœurs étaient séparées Mary mourrait, si elles ne l'étaient pas il

---

<sup>1</sup> « *The official solicitor will need to satisfy himself that the proposed proceedings would benefit the child before pursuing them* », *CAFCASS practice note* (avril 2001) section 5.

<sup>2</sup> « *The official solicitor may therefore be the more appropriate next friend of guardian ad litem of a child who is also a patient and whose disability will persist beyond his or her 18<sup>th</sup> birthday...* », *CAFCASS practice note* (avril 2001) section 7.

<sup>3</sup> *CAFCASS practice note* (avril 2001) section 7, les exemples donnés sont relatifs aux décisions portant sur la « stérilisation » des mineurs et sur l'avenir des enfants se trouvant dans « *un état végétatif* ».

<sup>4</sup> L'*official solicitor* est l'autorité centrale pour l'Angleterre compétente pour traiter des affaires internationales de non représentation d'enfant, *Child Abduction Unit*.

<sup>5</sup> « *In exceptionally difficult or complex Children Act, wardship or adoption cases in the High and County Courts* », *Official solicitor's Office, Annual Report 1 April 2000 to 31 March 2001*, section 4.

<sup>6</sup> « *In case of doubt or difficulty, staff of the official solicitor will liaise with staff of the CAFCASS Legal Services and Special Casework to avoid duplication and ensure the most suitable arrangement are made* », *CAFCASS practice note* (avril 2001) section 9.

<sup>7</sup> [2001] 2 WLR 480.

existait une forte probabilité que le cœur de Jodie ne le supporte pas et que toutes deux mourraient dans les mois suivant leur naissance.

**725.** Les parents fervents catholiques s'opposaient, en raison de leurs convictions religieuses, à une opération qui aurait permis la séparation des deux sœurs, mais aurait inévitablement causé la mort de Mary. Les juges, en vertu de leur pouvoir propre et discrétionnaire (*inherent jurisdiction*), sont passés outre l'opposition parentale à l'opération. L'*official solicitor* a eu dans cette affaire la délicate mission de représenter en justice les intérêts de Mary, la plus faible des deux sœurs. En première instance, le juge Johnson avait jugé, compte tenu des souffrances inévitables qui allaient être celles de Mary pendant les quelques mois qui lui restaient à vivre si l'opération n'avait pas lieu, que « *prolonger sa vie de quelques mois irait à l'encontre de son intérêt* »<sup>1</sup>.

**726.** La *Court of Appeal* sur l'impulsion de l'*official solicitor*, ne retint pas les motivations du juge Johnson quant à l'appréciation de l'intérêt de Mary, ce qui a permis d'apporter une pierre à la construction de la notion d'intérêt de l'enfant. Lorsque l'intérêt d'un enfant doit être mis en balance avec celui d'un autre enfant, celui-ci « *est déterminé en prenant en considération le préjudice potentiel subi par un des enfants à la lumière du bénéfice potentiel pour l'autre (...) En gardant à l'esprit que de toute façon la sœur la plus faible n'avait que quelques mois à vivre, alors que la plus forte pouvait avoir la possibilité de vivre une vie relativement normale si la séparation avait lieu, le choix le moins préjudiciable, après mise en balance des intérêts de chacun des enfants, était d'autoriser l'opération* »<sup>2</sup>. Si l'*official solicitor* dispose donc toujours, dans des affaires particulièrement sensibles, du pouvoir de représenter les intérêts de l'enfant en justice, cette compétence a été, dans le cadre des procédures familiales transférée depuis le 1<sup>er</sup> avril 2001, pour la plus grande part au nouveau service le *CAFCASS legal*.

---

<sup>1</sup> « *To prolong Mary's life for those few months would be seriously to her disadvantage* », *Re A (Conjoined Twins : Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 515.

<sup>2</sup> L. Oates *official solicitor*, « text of the lecture given to Institute of Advanced Legal Studies « the Court's role in life and death decision », January 2002 section 25.

### β. Le CAFCASS Legal Services and Special Casework

**727.** Le CAFCASS a mis en place le *CAFCASS Legal Services and Special Casework*, plus communément désigné par le terme de *CAFCASS legal*, afin de prendre en charge la mission de représentation de l'enfant, partie à la procédure, dans les procédures familiales ; mission auparavant à la charge de l'*official solicitor*<sup>1</sup>. Sa mission ne s'exerce que devant la *High court* et la *County court*, ce qui semble pouvoir s'expliquer par le fait qu'en reprenant la compétence de l'*official solicitor*, le *CAFCASS legal* en ait repris également les limites. En effet, l'intervention de l'*official solicitor* était limitée aux juridictions supérieures (*supreme courts*)<sup>2</sup>. Le corps des juridictions supérieures étant constitué de la *High court* et des *County courts*, la compétence de l'*official solicitor* est exclue devant les *Family proceedings Courts*<sup>3</sup>.

**728.** L'*officer* désigné par le *CAFCASS legal* aura la double mission de protéger les intérêts de l'enfant et de représenter l'enfant en justice. À la différence du *children's guardian*, il sera dispensé de l'obligation de désigner un avocat à l'enfant<sup>4</sup>. Dans les *private law proceedings* un *children's guardian* sera désigné pour représenter l'enfant lorsque son intérêt ne sera pas suffisamment protégé par la désignation d'un *children and family reporter*. Dans ces circonstances, il devient nécessaire de renforcer la place de l'enfant dans la procédure le concernant en lui accordant le statut de partie à la procédure.

**729.** Un certain nombre d'exemples dans lesquels le *CAFCASS legal* est susceptible d'intervenir a été donné dans le cadre des directives publiées par le CAFCASS. Ainsi, il sera opportun de faire exercer la fonction de *children's guardian* par un *officer* du *CAFCASS legal* :

« (a) lorsqu'il existe un élément extra territorial important, telle que la remise en cause de la compétence des juridictions anglaise, où la nécessité de faire procéder à des enquêtes à l'étranger ;

---

<sup>1</sup> CAFCASS Practice Note (mars 2001) section 3.

<sup>2</sup> En vertu de la section 90 du *Supreme Court Act 1981*, l'*official solicitor* est désigné comme l'*official solicitor to the Supreme Court*

<sup>3</sup> Qui appartiennent à la catégorie des *Magistrates' Courts*.

<sup>4</sup> Règle 4.11A(2) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821).

(b) lorsqu'il est nécessaire de désigner un expert médical ou de rapporter un élément de preuve, pour le compte de l'enfant et que le désaccord des parties à ce sujet empêche que la nomination l'expert ou le recueil de la preuve soit ordonné.

(c) lorsqu'un enfant souhaite donner directement des instructions son avocat en vertu des dispositions de la règle 9.2.A du Family Proceeding Rules, mais s'est vu refuser l'autorisation de le faire

(d) lorsqu'une demande visant à obtenir un droit de visite à l'égard d'un enfant adopté a été introduite

(e) lorsque des questions d'une exceptionnelle difficulté, d'un caractère inhabituel ou sensible se posent, rendant nécessaire l'octroi à l'enfant du statut de partie à la procédure. Ces questions étant plus susceptibles de se poser devant la High Court »<sup>1</sup>.

**730.** Cette compétence du CAFCASS *legal* s'étend également aux affaires médicales « plus particulièrement aux procédures visant à obtenir l'autorisation de faire procéder à une stérilisation et celles engagées suite à un conflit relatif à un traitement médical permettant le maintien en vie »<sup>2</sup> de l'enfant. Il nous faut cependant rappeler que les affaires médicales qui posent les questions les plus difficiles, relèvent de la compétence de l'*official solicitor*<sup>3</sup>.

**731.** Les textes relatifs à l'intervention de l'*official solicitor* ou du CAFCASS *legal* font tous référence au caractère limité et exceptionnel de cette intervention. Si l'intervention des fonctionnaires (*officers*) du CAFCASS était à l'origine réservée au domaine des procédures familiales, avec les amendements au *Children Act 1989*

---

<sup>1</sup> « (a) There is a significant foreign element such as a challenge to the English court's jurisdiction or a need for enquiries to be conducted abroad ;

(b) there is a need for expert medical or other evidence to be adduced on behalf of a child in circumstances where a joint instruction by the parties is impossible

(c) where a child wants to instruct a solicitor direct but has been refused leave pursuant to Family Procedure Rules r.9.2.A to instruct a solicitor

(d) an application is made for leave to seek contact with an adopted child

(e) there are exceptionally difficult, unusual or sensitive issues making it necessary for the child to be granted party status within the proceedings : such cases are likely to be High Court matters », CAFCASS Practice Note (mars 2001) section 4.

<sup>2</sup> « Notably those cases involving an application to authorise sterilisation and cases concerning disputed life sustaining treatment », CAFCASS Practice Note (mars 2001) section 5. En droit anglais la stérilisation est autorisée, ici il est plus particulièrement fait allusion à la stérilisation des mineures handicapées mentales qui peut être autorisée en justice, dans la mesure où il n'est pas toujours possible d'obtenir un consentement éclairé de ces dernières à l'opération.

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 715 et s.

introduits par l'*Adoption and Children Act 2002*<sup>1</sup>, cette compétence, ainsi que celle de *l'official solicitor*, a été aujourd'hui étendue aux procédures civiles ordinaires.

## B. La représentation de l'enfant par un *litigation friend* dans les procédures civile ordinaires

**732.** En **droit anglais**, avec l'entrée en vigueur de la réforme de la procédure civile, le 26 avril 1999<sup>2</sup>, les deux fonctions de représentant de l'enfant en justice, le *next friend*<sup>3</sup> et le *guardian ad litem*<sup>4</sup>, ont été regroupées sous la dénomination commune de *litigation friend*<sup>5</sup>. En droit anglais, sauf décision contraire du juge, la procédure à laquelle l'enfant est partie doit être conduite par un *litigation friend*<sup>6</sup>. Cette obligation semble devoir s'appliquer à l'ensemble des mineurs y compris à la jeune mineure mariée<sup>7</sup>. Quelles que soient les circonstances, une dispense de *litigation friend* peut néanmoins être demandée au juge par l'enfant<sup>8</sup>. Cette faculté lui est ouverte de manière exclusive. Toutefois, une fois la dispense accordée, s'il apparaît au juge que la désignation d'un *litigation friend* est préférable, celle-ci dispose toujours de la faculté d'en désigner un à l'enfant au cours de la procédure<sup>9</sup>. La désignation d'un *litigation friend* à l'enfant est une étape préliminaire à l'introduction de l'instance<sup>10</sup>. Tout acte de procédure antérieur à cette désignation se trouverait privé d'effet<sup>11</sup>. Il appartiendra alors au

---

<sup>1</sup> Voir la section 26 du *Children Act 1989*, relative à la révision des dossiers des enfants pris en charge par les services sociaux.

<sup>2</sup> *Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132, voir plus particulièrement la partie 21 : *children and Patient*.

<sup>3</sup> Représentant de l'enfant demandeur à l'action.

<sup>4</sup> Représentant de l'enfant défendeur à l'action.

<sup>5</sup> « *A child must have a litigation friend to conduct proceedings on his behalf unless the court makes an order under paragraph (3)* », section 21.2(2) *Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132.

<sup>6</sup> Section 21.2(2) *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132.

<sup>7</sup> *Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001 para. 1803, note 2, p. 837 et para. 1806, note 3, p. 839. Les auteurs renvoient aux dispositions de la section 1(c) du *Law Reform (Married Woman and Tortfeasor) Act 1935* (amendé par la section 3(2) du *Law Reform (Husband and Wife) Act 1962*. Il est également fait référence à une jurisprudence *Colman v. Northcote* (1843) 2 Hare 147. Il semblerait ainsi qu'à la différence du droit français le mariage n'émancipe pas totalement le mineur et ne lui confère pas de capacité procédurale.

<sup>8</sup> Règle 21.2(4)(a) *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132. Si un *litigation friend* avait auparavant été désigné il se verra notifier cette décision par la Cour, section 21.2(4)(b) *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132.

<sup>9</sup> Règle 21.2(5)(b) *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132.

<sup>10</sup> Règle 21.3(2) *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132.

<sup>11</sup> Règle 21.3(4) *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132.

demandeur qui souhaite intenter une action contre un enfant ne disposant pas de *litigation friend* d'en demander la désignation au juge.

**733.** Le *litigation friend* est un *officer of the Court*. Il peut entrer en fonction sur désignation du juge, à sa demande ou bien à la demande d'une partie à la procédure <sup>1</sup>. Il peut également entrer en fonction sans désignation judiciaire dès lors qu'il aura satisfait à certaines exigences légales. En effet, en l'absence de désignation judiciaire, cette fonction peut être exercée par toute personne majeure disposant des compétences pour conduire impartialement une procédure judiciaire au nom et pour le compte de l'enfant, n'ayant pas d'intérêts opposés à l'enfant dans la procédure et s'étant engagée, si l'enfant est demandeur à l'action, à payer les frais inhérents à la procédure judiciaire <sup>2</sup>.

**734.** Si le droit anglais accorde aux parents une préférence dans l'exercice de cette fonction <sup>3</sup>, il apparaît néanmoins que le panel de représentants potentiels de l'enfant en justice est assez vaste. Dans certaines affaires, l'*official solicitor* a ainsi pu être désigné pour exercer les fonctions de *litigation friend* à l'égard de l'enfant, dans le cadre de procédures civiles ordinaires <sup>4</sup>. Toutefois, la fonctionnalisation de la représentation de l'enfant en justice trouve ici néanmoins une limite, dans la mesure où l'obligation de prendre en charge les frais inhérents à la procédure apparaît difficilement compatible avec une véritable professionnalisation de cette fonction. En effet, il semble alors probable que cette fonction soit exercée de manière volontaire, si ce n'est par les parents, au moins par un proche de l'enfant, que cet engagement financier ne rebuterait pas <sup>5</sup>. Cette

---

<sup>1</sup> Règle 21.6(2) *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132.

<sup>2</sup> « *If nobody has been appointed by the court, (...) a personne may act as a litigation friend if he (a) can fairly and competently conduct proceedings on behalf of the child (...); (b) has no interest adverse to the child (...); and (c) where the child (...) is a claimant, undertakes to pay any cost which the child (...) may be ordered to pay in relation to the proceedings, subject to any right he may have to be repaid from the assets of the child (...)* », *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132 règle 21.4(3).

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 651 et s.

<sup>4</sup> Voir *Re T (Unreported)* in A. McFarlane, « Newslines – The work of the official solicitor », 34 [2004] Fam LJ, 704. Dans cette affaire, deux enfants de 5 et 11 ans avaient été renversés par un camion. Cet accident leur a causé de graves lésions cérébrales. Devant la détresse des parents au regard du sort de leurs enfants ainsi que leur incapacité à instruire correctement un avocat la cour a procédé à la désignation de l'*official solicitor* afin d'exercer les fonctions de *litigation friend* à la place de la mère, en vue du futur procès intenté contre le conducteur du camion. Une procédure de transaction a alors été engagée afin d'éviter le procès. Celle-ci a été menée par l'*official solicitor* au nom des enfants qui se sont ainsi vu attribuer la somme de £ 7 000 000. Nous pouvons noter ici que l'*official solicitor* a été désigné en raison de sa compétence de protecteur naturel des intérêts des personnes souffrant de déficience mentale. Sur cette compétence voir *supra*.

<sup>5</sup> Le fait que le *litigation friend* puisse obtenir un remboursement des frais ainsi engagés sur le patrimoine personnel du mineur, en vertu de la section 21.4(3)(c) des *Civil Procedure Rules 1998*. SI

difficulté mise à part, il apparaît alors que les personnes ayant *de facto* pris en charge l'enfant peuvent également exercer cette fonction <sup>1</sup>, un beau-parent, le frère de l'enfant <sup>2</sup>, voire l'assistant familial (*foster carer*) ayant recueilli l'enfant <sup>3</sup>.

**735.** Avec l'*Adoption and Children Act 2002*, et la modification, par cette loi, des modalités de suivi et de révision des dossiers des enfants confiés aux les services sociaux <sup>4</sup>, le CAFCASS peut être amené à exercer la fonction de *litigation friend*, en dehors du domaine des *family proceedings*, dès lors que la révision du dossier de l'enfant donne lieu à une procédure judiciaire civile ordinaire <sup>5</sup>.

**736.** En effet, au sein de chaque collectivité territoriale (*local authority*) doit être nommée une personne indépendante du service (*Independent Reviewing Officer*) <sup>6</sup> et spécialement chargée de réexaminer tous les six mois <sup>7</sup> le dossier de prise en charge de l'enfant (*care plan*) <sup>8</sup>. Chaque enfant pris en charge par les services sociaux est suivi par un *Independent Reviewing Officer* <sup>9</sup>. Il appartiendra à ce

---

1998/3132, ne semble pas devoir lever le frein à l'exercice de cette fonction par un tiers dans la mesure où la plus grande majorité des mineurs ne disposent pas d'un tel patrimoine.

<sup>1</sup> « ... *In the absence of a dispute with a person with parental responsibility and any conflict of interest, there is no reason why any adult de facto carer should not take on this role* », J. Masson & A. Orchard, *Children and civil litigation*, research for the Lord Chancellor Department 1999, para. 3.4.1, p. 37.

<sup>2</sup> *R (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2004] EWHC 1389 (Admin), [2004] ELR 374.

<sup>3</sup> J. Masson & A. Orchard, *Children and civil litigation*, research for the Lord Chancellor Department 1999, para. 3.4.3, p. 38.

<sup>4</sup> La section 118 de l'*Adoption and Children Act 2002*, amende sur ce point la section 26 du *Children Act 1989*.

<sup>5</sup> Voir sur ce point la règle 3 du *The Children and Family Court Advisory and Support Service (Reviewed Case Referral) Regulation 2004*, SI 2004/2187. Les procédures visées ici sont la procédure visant à remettre en cause la légalité d'une procédure judiciaire (*judicial review*), les procédures intentées sur le fondement de la section 7(1) du *Human Right Act 1998* (*Free standing Human Rights Claims*), ainsi que toutes les procédures qui n'entrent pas dans le cadre des procédures familiales (comme par exemple une demande de dommages et intérêts). Voir sur ce point M. Hinchliffe, « *Whatever happened to starred care plans ?* », Fam LJ 34 (2004) 661.

<sup>6</sup> Section 26(2)(k) du *Children Act 1989*. Pour plus de détails sur la fonction d'*Independent Reviewing Officer* voir la section 2 du *The Review of Children's Cases (Amendment) (England) Regulations 2004* SI 2004/1419 ainsi que *The Independent Reviewing Officers Guidance. Adoption and Children Act 2002* disponible en ligne sur le site [www.dfes.gov.uk/adoption](http://www.dfes.gov.uk/adoption)

<sup>7</sup> La première révision du dossier intervient dans les quatre semaines à compter du début de la prise en charge de l'enfant, la seconde trois mois après la première et les suivantes tous les six mois. Section 3(2) du *Review of the Children's Cases Regulation 1991*, SI 1991/895.

<sup>8</sup> Le *care plan* est le projet de prise en charge de l'enfant par les services sociaux, détaillant les objectifs de cette prise en charge ainsi que ses modalités. Il doit être présenté au juge afin que ce dernier lui donne son aval. Cet aval est pour le juge une étape préalable à toute ordonnance de prise en charge de l'enfant (*care order*).

<sup>9</sup> Ce à quelque titre que ce soit, « *enfant placé en vue d'une adoption, enfant délinquant placé dans une institution fermée ou un centre éducatif fermé, ou bien enfant en danger placé dans un institution publique ou privée en vertu des dispositions de la section 59 du Children Act 1989* ». « *it is intended that all looked-after children will have an IRO, including children : in an adoptive placement prior to an adoption order, detained in secure provision including secure training centres and Young Offender Institutions and who are looked after*

dernier, notamment, de s'assurer de la conformité des mesures et décisions prises, au projet initial de prise en charge de l'enfant (*care plan*). Il doit en outre s'assurer qu'au cours de la révision de son dossier, les opinions de l'enfant soient prises en considération <sup>1</sup>. Si des difficultés apparaissent dans le suivi du dossier, il peut en dernier ressort déférer l'affaire au CAFCASS <sup>2</sup>.

**737.** L'affaire sera déferée au CAFCASS lorsque les procédures ordinaires de résolution des problèmes liés à la prise en charge de l'enfant par les services sociaux auront échoué, et s'il existe un risque d'atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant (*child's human rights*) <sup>3</sup>. Ainsi, si la question peut être résolue par le biais d'une procédure intentée sur le fondement d'une des actions ouvertes par le *Children Act 1989* en matière de protection de l'enfant (*care proceedings*), la représentation de ce dernier sera alors assurée non par le CAFCASS en tant que *litigation friend*, mais en tant que *children's guardian* <sup>4</sup>.

**738.** La compétence du CAFCASS pour exercer la mission de *litigation friend* auprès de l'enfant dans les procédures civiles ordinaires n'apparaît, toutefois, pas exclusive. En effet, s'il apparaît que l'enfant souhaite introduire une instance de son propre chef, l'affaire ne sera pas déferée <sup>5</sup>. L'*Independent Reviewing Officer* devra alors l'assister dans sa recherche d'un avocat. De même, si un adulte, titulaire ou non de la responsabilité parentale, souhaite assurer la fonction de *litigation friend* à l'égard de l'enfant, l'affaire ne sera pas non plus déferée au CAFCASS <sup>6</sup>.

**739.** Toutefois, si l'affaire est déferée au CAFCASS et s'il apparaît qu'une procédure judiciaire doit être engagée à l'encontre des services sociaux <sup>7</sup>, un juriste

---

*under s. 59 of the Children Act 1989 by a voluntary organisation* », M. Hinchliffe, « Whatever happened to starred care plans ? », Fam LJ 34 (2004) 661.

<sup>1</sup> Section 2A(6)(a) du *The Review of Children's Cases Regulation 1991* tel qu'amendé par la section 2 du *The Review of Children's Cases (Amendment) (England) Regulations 2004 SI 2004/1419*.

<sup>2</sup> Section 26(2A)(c) du *Children Act 1989*. Plusieurs options s'ouvrent au CAFCASS, « rejeter cette saisine, tenter de résoudre la question par une médiation, déférer l'affaire à une autre institution, engager une procédure judiciaire civile à l'encontre des services sociaux », « The options are to reject the referral, attempt to resolve the matter by mediation, refer the matter to another agency, bring civil proceedings against local authority », M. Hinchliffe, art. préc., p. 661.

<sup>3</sup> « If all other methods of resolving an identified problem have proved or are proving unsuccessful and there is a danger of the child's human right being breached, the IRO will have to consider whether they should use their power to refer a case to CAFCASS so that legal proceedings can be brought to achieve a remedy », *Independent Reviewing Officer Guidance. Adoption and Children Act 2002*, para. 5.4, p. 32.

<sup>4</sup> *Re C (Adoption : Religious observance) [2002] 1 FLR 1119*, para. 51.

<sup>5</sup> Section 2A(7)(a) de *The Review of Children's Cases Regulation 1991* tel qu'amendé par la section 2 du *The Review of Children's Cases (Amendment) (England) Regulations 2004 SI 2004/1419*.

<sup>6</sup> Section 2A(7)(b) de *The Review of Children's Cases Regulation 1991* tel qu'amendé par la section 2 du *The Review of Children's Cases (Amendment) (England) Regulations 2004 SI 2004/1419*.

<sup>7</sup> Si une procédure judiciaire doit être engagée, l'instance doit être introduite dans les six semaines suivant la saisine du CAFCASS par l'*Independent Reviewing Officer*, si cela s'avère

du *CAFCASS legal* sera alors spécialement chargé de représenter l'enfant dans la procédure et d'assurer la fonction de *litigation friend* à son égard<sup>1</sup>. Il se substituera à toute personne exerçant auparavant cette fonction<sup>2</sup>. Dans la mesure du possible, l'enfant sera associé aux décisions du *CAFCASS* concernant son cas<sup>3</sup>.

**740.** La particularité de cette nouvelle compétence du *CAFCASS* à agir en tant que *litigation friend* de l'enfant réside notamment dans le fait qu'elle sort de son domaine traditionnel d'intervention, à savoir les procédures familiales<sup>4</sup>. La représentation de l'enfant pris en charge par les services sociaux, dans les procédures judiciaires intentées à l'encontre de ces services, relevait jusqu'alors de la compétence de l'*official solicitor*. Ce dernier reste néanmoins compétent dans certains domaines. Il se verra à son tour déférer l'affaire par le *CAFCASS legal* s'il apparaît que la procédure doit se poursuivre au-delà du dix-huitième anniversaire de l'enfant, ou bien lorsque l'enfant souffre de troubles mentaux justifiant que les mesures de protection et de prise en charge se poursuivent une fois adulte<sup>5</sup>.

**741.** Le *CAFCASS* est donc désormais compétent en dehors du cadre des procédures familiales pour représenter l'enfant en tant que *litigation friend* dans les procédures civiles fondées sur la violation directe, par les institutions publiques, des droits fondamentaux de l'enfant<sup>6</sup> (*freestanding Human Right Act 1998*

---

impossible elle doit l'être dans les meilleurs délais. Voir la section 7 du *Children and Family Court Advisory and Support Service (Reviewed Case Referral) Regulation 2004, SI 2004/2187*.

<sup>1</sup> Règle 5(1) du *The Children and Family Court Advisory and Support Service (Reviewed Case Referral) Regulation 2004, SI 2004/2187*.

<sup>2</sup> « *If CAFCASS takes over litigation started by someone else on behalf of the child, the Officer of the service will take steps to substitute himself or herself as the child's litigation friend in order to continue the proceedings on behalf of the child...* », *CAFCASS practice note. Cases referred by Independent Reviewing Officers*, para. 15. En annexe B au rapport intitulé *Referrals to the Children and Family Court Advisory and Support Service by Independent Reviewing Officers*, disponible en ligne sur le site : [www.dca.gov.uk/consult/adoption/adoption\\_cafcass.pdf](http://www.dca.gov.uk/consult/adoption/adoption_cafcass.pdf)

<sup>3</sup> « *Where possible, CAFCASS legal will involve the child in its decision* », *Independent Reviewing Officer Guidance. Adoption and Children Act 2002*, para. 5.4, p. 34. Voir également « *it is naturally very important to provide information about the case to the child and in particular the CAFCASS will : (i) Give information to the child and involve him/her in decision making to the extent that is appropriate in the light of his or her age and understanding* », *CAFCASS practice note. Cases referred by Independent Reviewing Officers*, para. 18(i). En annexe B au rapport intitulé *Referrals to the Children and Family Court Advisory and Support Service by Independent Reviewing Officers*, disponible en ligne sur le site : [www.dca.gov.uk/consult/adoption/adoption\\_cafcass.pdf](http://www.dca.gov.uk/consult/adoption/adoption_cafcass.pdf)

<sup>4</sup> M. Hinchliffe, « *Whatever happened to starred care plans ?* », *Fam LJ* 34 (2004) 660.

<sup>5</sup> *Independent Reviewing Officer Guidance. Adoption and Children Act 2002*, para. 5.4, p. 34. Voir également *CAFCASS practice note. Cases referred by Independent Reviewing Officers. Annex to the Practice note* para. B(3). En annexe B au rapport intitulé *Referrals to the Children and Family Court Advisory and Support Service by Independent Reviewing Officers* ; disponible en ligne sur le site : [www.dca.gov.uk/consult/adoption/adoption\\_cafcass.pdf](http://www.dca.gov.uk/consult/adoption/adoption_cafcass.pdf).

<sup>6</sup> Les droits fondamentaux auxquels il est ici fait référence sont ceux protégés par la Convention européenne des Droits de l'Homme. En effet, le 2 octobre 2002 est entré en vigueur en Angleterre le *Human Right Act 1998* qui intègre les dispositions de la CEDH au droit interne anglais. Leur violation peut donc être directement poursuivie devant les juridictions internes et sanctionnée

*application*). Il est également compétent pour exercer les fonctions de *litigation friend* à l'égard de l'enfant dans les procédures visant à la remise en cause de la légalité de la procédure ayant conduit au prononcé d'une décision de justice (*judicial review*).

**742.** La mission du *litigation friend* consiste à donner des instructions à l'avocat pour le compte de l'enfant. Il peut également, sous contrôle du juge, décider d'accepter un accord amiable si celui-ci est dans l'intérêt de l'enfant<sup>1</sup>. Toutefois, son rôle ne se limite pas à cela. Tout comme la mission de l'administrateur *ad hoc* en droit français<sup>2</sup>, celle du *litigation friend* consiste également en un accompagnement de l'enfant tout au long de la procédure judiciaire. Cette mission expressément posée par le législateur en droit français, est considérée comme « *informelle* »<sup>3</sup> par le droit anglais. Ce rôle d'accompagnement du *litigation friend* apparaît alors de manière informelle comme « *le prolongement de la prise en charge de l'enfant* »<sup>4</sup>. Il appartiendra ainsi au *litigation friend* de se renseigner sur la situation personnelle de l'enfant, d'arranger si nécessaire les rendez-vous de ce dernier avec son avocat ou les différents experts qu'il peut être amené à rencontrer au cours de la procédure<sup>5</sup>.

## §2. La représentation *ad hoc* de l'enfant dans les droits français et écossais

**743.** La fonction de représentant *ad hoc* du mineur a été consacrée en droit français par une loi du 6 avril 1910<sup>6</sup> qui a donné un fondement légal aux pratiques jurisprudentielles antérieures. L'enfant peut être représenté par un administrateur

---

par elles. L'enfant au même titre que l'ensemble des justiciables se voit ouvrir un droit d'action sur ce fondement. Pour plus de détails sur ce point voir J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 50 et s. Voir également *infra*. L'action de l'enfant sera fondée sur la section 7(1) du *Human Right Act 1998*.

<sup>1</sup> J. Masson & A. Orchard, *Children and civil litigation*, research for the Lord Chancellor Department 1999, para. 3.4.2, p. 37.

<sup>2</sup> Cf *infra* n° 745.

<sup>3</sup> J. Masson & A. Orchard, *Children and civil litigation*, research for the Lord Chancellor Department 1999, para. 3.4.2, p. 37.

<sup>4</sup> « *Informally the next friend [litigation friend]'s role may be seen as an extension of caring* », J. Masson & A. Orchard, *op. cit.*, para. 3.4.2, p. 37.

<sup>5</sup> J. Masson & A. Orchard, *op. cit.*, para. 3.4.2, p. 37.

<sup>6</sup> C. Neirinck, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496, voir n° 1, p. 99.

*ad hoc* pour la réalisation d'actes de la vie civile ou dans le cadre d'une procédure judiciaire (A). En droit écossais, une mission identique est confiée au *curator ad litem*, et dans le cadre de la procédure spécifique du *Children's Hearing* au *safeguarder* (B).

#### A. La représentation de l'enfant par un administrateur *ad hoc* dans les procédures judiciaires

**744.** En **droit français**, la représentation *ad hoc* de l'enfant est placée sous le signe de la dualité <sup>1</sup>. Outre les dispositions générales prévues par les articles 389-3 et 388-2 du Code civil, qui organisent le droit commun de la représentation *ad hoc* du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire ou pour la réalisation d'actes de la vie civile, des dispositions propres aux procédures pénales ont été instaurées par la loi du 10 juillet 1989 <sup>2</sup> et furent modifiées par la loi du 17 juin 1998 <sup>3</sup>. Cette dernière loi a permis de mettre fin à la confusion introduite par la loi de 1989 au sein de cette institution. Sous couvert d'une identité malheureuse dans leur dénomination <sup>4</sup>, la représentation de l'intérêt de l'enfant est assurée par deux organes différents, investis d'une mission bien distincte selon qu'ils interviennent dans le cadre d'une instance civile (1) ou d'une instance pénale (2).

##### 1. La représentation *ad hoc* de l'enfant dans les procédures civiles

**745.** En **droit français**, l'intervention d'un administrateur *ad hoc* dans le cadre des procédures civiles est fondée sur une application rigoureuse de l'article 388-2 du Code civil et sur une application extensive de son article 389-3. En effet, le domaine d'application de l'article 389-3, celui des « *actes civils* », englobe les actes

---

<sup>1</sup> Voir notamment C. Neirinck, « La dualité du régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228. Voir également, G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, p. 352 et s.

<sup>2</sup> Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la protection de l'enfance.

<sup>3</sup> Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la repression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. *JO* 18 juin 1998.

<sup>4</sup> Avec Madame Bruggeman nous pensons que l'organe créée par la loi de 1998 « *n'a plus d'administrateur ad hoc que le nom* ». M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 623, p. 404.

juridiques de nature judiciaire <sup>1</sup> et donc le domaine de l'article 388-2. Toutefois, la désignation d'un administrateur *ad hoc* sur le fondement de 389-3 est réservée au juge des tutelles alors que l'article l'article 388-2 ouvre ce pouvoir à tout juge saisi d'une instance qu'elle soit civile ou pénale <sup>2</sup>. Si L'article 388-2 du Code civil ne conservait pas tout son intérêt en matière pénale <sup>3</sup>, il pourrait être très facilement remédié à cette dualité de fondement, ainsi que le suggère un auteur, en complétant « *l'article 389-3 par un alinéa relatif à la compétence du juge chargé de l'instance* » <sup>4</sup>.

**746.** L'intervention d'un administrateur *ad hoc* sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil est ainsi réservée aux instances déjà introduites <sup>5</sup>. Il ne peut être remédié à l'inaction des représentants légaux de l'enfant qu'en faisant jouer l'article 389-3 du Code civil. En effet, lui seul autorise la désignation par le juge des tutelles d'un administrateur *ad hoc* aux fins d'introduire une instance au nom de l'enfant <sup>6</sup>. Cet article, sans porter atteinte au principe général d'incapacité du mineur, permet à ce dernier d'être à l'origine d'une réduction temporaire de la prérogative parentale de représentation légale <sup>7</sup>. L'enfant ne peut être qu'à l'origine de la désignation de son administrateur *ad hoc*, en aucun cas il ne dispose en vertu de l'article 389-3 du Code civil de la possibilité d'initier une procédure <sup>8</sup>.

**747.** Du fait de l'atteinte aux pouvoirs parentaux que constitue la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant, celle-ci est encadrée de manière stricte. Dans le cadre des procédures civiles, la représentation *ad hoc* de l'enfant a d'abord été consacrée dans le cadre des actions relatives à la filiation. En effet, dès

---

<sup>1</sup> Voir en ce sens C. Neirinck, art. préc., p. 902. « *L'article 389-3, très général concerne toutes les désignations d'administrateur ad hoc, que la représentation de l'enfant soit ou non judiciaire* ».

<sup>2</sup> Voir notamment Cass. Crim. 28 février 1996, *Bull. crim.* n° 98 ; *D.* 1997 somm., 280 obs Desnoyer ; *J.C.P. G* 1996, II, 22707, note Raymond ; *Deffrénois* 1996, 1354 obs. Massip ; *RTDciv.* 1996, p. 597 obs. Hauser.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 760 et s.

<sup>4</sup> C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 902, note 23.

<sup>5</sup> La référence par l'article 388-2 du Code civil à l'existence d'« *une procédure* » laisse peu de place au doute quant à son interprétation.

<sup>6</sup> Voir sur ce point C. Neirinck, La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 902.

<sup>7</sup> Voir sur ce point C. Neirinck, art. préc., p. 902.

<sup>8</sup> En effet, l'enfant par la saisine du juge des tutelles ne réalise pas un acte introductif d'instance. L'instance sera effectivement introduite par l'administrateur *ad hoc* s'il en est nommé un. L'article 389-3 du Code civil ne donne pas à l'enfant la possibilité d'initier une procédure mais d'être à l'origine de la désignation d'un administrateur *ad hoc* par le fait de porter à la connaissance du juge des tutelles l'existence d'une opposition d'intérêts avec ses représentants légaux. *Contra* voir C. Neirinck, « L'enfant et la procédure civile », *Petites Affiches* 3 mai 1995 p. 79 ; C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 902, note 31.

lors que parents et enfant se retrouvaient parties adverses dans un procès, la désignation d'un représentant *ad hoc* de l'intérêt de l'enfant était prévue par le Code civil. Ainsi, dans le cadre de l'ancienne action en désaveu de paternité<sup>1</sup>, la procédure était intentée par le père contre son enfant. L'opposition d'intérêts était alors évidente et la représentation *ad hoc* de l'enfant obligatoire<sup>2</sup>. Par analogie, la jurisprudence avait étendu le principe de la représentation *ad hoc* de l'enfant dans les procédures visant à remettre en cause sa filiation. Cette représentation ne revêtait toutefois pas le caractère obligatoire de celle opérée dans le cadre de l'action en désaveu, l'opposition d'intérêts dans la procédure devait au préalable avoir été constatée par le juge<sup>3</sup>.

**748.** L'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents, « *clef de voute de l'institution* »<sup>4</sup>, apparaît avec évidence dans les procédures pour lesquelles l'enfant dispose d'un « *droit substantiel autonome* »<sup>5</sup> et donc d'un intérêt propre à faire valoir, mais ne permet pas de saisir l'intégralité du conflit parent-enfant dans les procédures le concernant<sup>6</sup>. Dès lors que dans une procédure les droits des parents s'opposent à ceux de l'enfant, l'opposition d'intérêts est objectivement constatée et la désignation d'un administrateur *ad hoc* ne pose pas véritablement de difficultés. Toutefois, d'autres causes d'opposition d'intérêts, qualifiées de subjectives par le président Fossier<sup>7</sup>, sont entrées dans le champ d'application des articles 388-2 et

---

<sup>1</sup> Ancien article 317 du Code civil. Action abolie par l'Ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

<sup>2</sup> À l'origine, la protection de l'intérêt de l'enfant dans cette procédure était assurée par un tuteur *ad hoc*. Cette spécificité terminologique a perdu sa justification avec la possibilité offerte à l'administrateur *ad hoc* d'intervenir de manière générale en matière procédurale. Aussi, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a uniformisé la terminologie juridique en substituant le terme administrateur *ad hoc* à celui de tuteur *ad hoc*.

<sup>3</sup> Voir notamment Cass. civ. 1<sup>re</sup> 18 mars 1981, *Bull. civ.*, I, n° 95, pour la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant sur le fondement de l'article 389-3 dans le cadre d'une action en contestation de reconnaissance de l'enfant.

<sup>4</sup> C. Neirinck, « De Charybde en Scylla l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I 3496, p. 99.

<sup>5</sup> J. Hauser « opposition d'intérêts et administrateur *ad hoc* », *RTDciv.* 1999, p. 602. *Droit de la famille*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001/2002 n° 2112, p. 763. *Contra* voir A. Gouttenoire-Cornut note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 23 février 1999, *Dr. fam.* 1999 comm. n° 146 ; A. Gouttenoire-Cornut, « L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale », *Dr. fam.* 1998, chron., n° 6, p. 6.

<sup>6</sup> Voir *supra* n° 577. Ce critère est notamment inefficace dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale qui touchent l'enfant le plus souvent et le plus directement dans son quotidien.

<sup>7</sup> « *La partialité, la chicane, l'inertie* », T. Fossier note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 janvier 1999, *Dr. fam.* 1999 comm. n° 58 p. 20.

389-3 du Code civil. Aussi l'inertie procédurale d'un parent <sup>1</sup> ou sa partialité <sup>2</sup> autorisent la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant quand bien même leurs intérêts ne s'opposent pas objectivement.

**749.** La formulation des articles 388-2 et 389-3 du Code civil pourrait laisser penser que les conditions d'intervention de l'administrateur *ad hoc* diffèrent <sup>3</sup>. Cette distinction entre l'opposition d'intérêts réelle et l'apparence d'opposition d'intérêts nous semble cependant ne pas être pertinente. Les termes de l'article 388-2 du Code civil ne font pas référence à une quelconque apparence d'opposition d'intérêts mais aux procédures au cours desquelles « *les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux* ». Le terme « *apparaissent* » utilisé ici doit être compris comme la révélation en cours d'instance de l'existence d'une opposition d'intérêts et non comme la consécration d'une apparence d'opposition. De plus, le renvoi express, tant de l'ancien article 317 que de l'article 388-2 du Code civil, à l'article 389-3 du même Code, pour les conditions de la désignation de l'administrateur *ad hoc*, consacre bien l'unité cette institution au civil <sup>4</sup>.

**750.** La question s'est également posée de savoir si l'opposition d'intérêts devait être constatée à l'égard des deux représentants légaux de l'enfant, comme le prévoit l'article 388-2 du Code civil ou si l'opposition avec un seul d'entre eux suffisait à la désignation de l'administrateur *ad hoc* en vertu des termes de l'article 389-3 du Code civil <sup>5</sup>. La différence entre ces deux formulations semble ne pas

---

<sup>1</sup> Si l'inertie procédurale du représentant légal permet sans conteste, au pénal, la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant (Voir *infra*), au civil, la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Toutefois, l'analogie nous semble permise. Dès lors que le juge des tutelles aura constaté que l'abstention du représentant légal va à l'encontre des intérêts de l'enfant, les conditions de désignation de l'administrateur *ad hoc* seront remplies et ce, que l'abstention porte sur un acte civil ou un acte de procédure. Sur l'opposition d'intérêts par abstention, voir F. Ghelfi-Tastevin, « L'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *Petites Affiches* 13 mars 1998, n° 30 à 33, pp. 7-8.

<sup>2</sup> Voir notamment Cass. civ. 1<sup>re</sup> 17 juin 1963, *Bull. civ.*, I, n° 321. La désignation d'un tuteur *ad hoc*, chargé de représenter les intérêts des enfants, dans une procédure qui visait au remboursement d'un prêt prétendument consentis aux époux et engagée à l'encontre du père en qualité de tuteur légal de ses enfants mineur, est fondée sur « *l'attitude ambiguë* » du père qui « *notamment soutenait la thèse du créancier* ».

<sup>3</sup> Voir sur ce point G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 435-436, p. 263-264. Selon l'auteur l'article 389-3 du Code civil exige que l'opposition d'intérêts soit réelle alors qu'une apparence d'opposition d'intérêts suffit à autoriser la désignation de l'administrateur *ad hoc* fondée sur l'article 388-2 du Code civil.

<sup>4</sup> Voir également en ce sens M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 569, p. 370.

<sup>5</sup> Voir sur ce débat G. Favre-Lanfray, *op. cit.*, n° 570 et s., p. 326 et s. ; M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 572 et s., p. 372 et s.

pouvoir être comprise autrement que par le jeu des réformes législatives <sup>1</sup> ayant consacré la direction bicéphale de la famille. Dès lors que l'administration légale est placée sous contrôle judiciaire, l'opposition d'intérêts entre l'enfant et son administrateur légal pourra fonder la désignation d'un administrateur *ad hoc*. Toutefois, l'application de cette notion dans le cadre de l'administration légale pure et simple ne va pas sans soulever quelques hésitations <sup>2</sup>.

**751.** En effet, en vertu des articles 389, 389-1 et 389-3 du Code civil, lorsque les deux parents exercent en commun l'autorité parentale <sup>3</sup>, ils sont tous deux administrateurs légaux et par conséquent représentants légaux de leur enfant mineur. Le caractère bicéphale de la représentation légale permet un contrôle intra-familial des actes accomplis au nom et pour le compte de l'enfant. Les actes les plus graves ne pourront être accomplis, sans autorisation judiciaire, qu'avec l'accord des deux parents sur leur principe et dans les limites de l'article 389-5 du Code civil <sup>4</sup>. Intenter une action en justice entre dans les pouvoirs d'un administrateur légal agissant seul <sup>5</sup> sauf lorsque l'action est de nature extra-patrimoniale <sup>6</sup>. Par conséquent, lorsqu'une opposition d'intérêts s'élève entre l'enfant et l'un de ses représentants légaux, le second conserve le pouvoir de représenter les intérêts de l'enfant dans la procédure. Pour une partie de la doctrine, les règles de l'administration légale pure et simple devraient empêcher la désignation d'un administrateur *ad hoc* dès lors que l'autre parent dispose du pouvoir et de la volonté de représenter l'enfant <sup>7</sup>. Cette position semble toutefois heurter la pratique qui se contente bien souvent de constater que l'opposition d'intérêts existe à l'égard d'un seul représentant légal pour désigner un administrateur *ad hoc* à l'enfant, ce

---

<sup>1</sup> Notamment de la loi du n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

<sup>2</sup> Voir sur ce point M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 572 et s., p. 370 et s.

<sup>3</sup> Ce qui est la règle générale en vertu de l'article 372 du Code civil issu de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.

<sup>4</sup> Cet article énumère les actes qui même en présence d'un accord parental nécessitent pour leur réalisation l'accord du juge des tutelles : vendre de gré à gré ou apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, contracter un emprunt au nom du mineur ou renoncer pour lui à un droit. Le partage amiable de biens en indivision est également soumis à cette autorisation.

<sup>5</sup> En vertu des articles 389-4 et 464 du Code civil combinés.

<sup>6</sup> Articles 389-4 et 464 du Code civil combinés. Pour une illustration en matière de protection de la vie privée des enfants mineur : Paris 25 avril 2000, *D.* 2000, IR, 187 ; *RTDciv.* 2000, 802 obs Hauser.

<sup>7</sup> Voir notamment C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 902 ; M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 572 et s., p. 370 et s.

qui a pour effet de priver également l'autre parent de son pouvoir de représentation <sup>1</sup>.

**752.** Cette pratique semble consacrer l'évolution jurisprudentielle qui fait de la partialité une cause subjective d'opposition d'intérêts <sup>2</sup>. Ainsi dès lors que l'opposition d'intérêts est constatée entre l'enfant et l'un des ses représentants légaux, le second ne peut plus bénéficier de la confiance que le droit accorde aux parents pour la protection des intérêts de leur enfant mineur. En effet, la représentation de l'intérêt de l'enfant par l'autre parent implique qu'il prenne fait et cause contre son partenaire, ce qui n'est pas forcément évident lorsque le couple est uni, mais qui ne l'est pas davantage lorsque le couple est séparé. En effet, il sera bien difficile alors de distinguer dans son action ce qui relève de la protection de l'intérêt de l'enfant de ce qui reste d'un conflit conjugal non apuré. Il apparaît ainsi que dès lors qu'une opposition d'intérêts objective est constatée entre l'enfant et l'un des ses représentants, une opposition d'intérêts subjective puisse être présumée à l'égard du second, ce qui en tout état de cause fonde valablement la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour représenter les intérêts de l'enfant dans la procédure.

**753.** Ainsi Madame Favre-Lanfray <sup>3</sup>, a pu révéler en raison de sa connaissance de la pratique, une extension du recours systématique à l'administrateur *ad hoc* dans les situations où « *il est établi qu'un des représentants légaux au moins manque d'objectivité pour assurer la défense de son enfant ou refuse d'exercer ses droits* » <sup>4</sup>. Cette interprétation fondée sur la coexistence d'une opposition d'intérêts objective à l'égard d'un parent et subjective à l'égard de l'autre permet de concilier valablement une intervention raisonnée de l'administrateur *ad hoc* dans la famille avec le fonctionnement des règles de l'administration légale pure et simple.

**754.** L'unité de l'institution de l'administrateur *ad hoc* civil est également consacrée par l'identité des pouvoirs qui lui sont conférés, que sa désignation soit fondée sur l'article 317, l'article 388-2 ou l'article 389-3 du Code civil.

---

<sup>1</sup> Cette pratique semble très courante en matière d'actions relatives à la filiation de l'enfant, voir sur ce point C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 902 renvoyant à l'arrêt CA Paris 10 décembre 1993, *Juris-Data* n° 024138.

<sup>2</sup> Voir sur ce point T. Fossier note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 janvier 1999, *Dr. fam.* 1999 comm. n° 58 p. 20. Sur la consécration jurisprudentielle d'une opposition d'intérêts unilatérale voir M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 574, p. 373-374.

<sup>3</sup> Présidente de l'association Chrysallis.

<sup>4</sup> G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 585, p. 335.

L'administrateur *ad hoc* une fois désigné se voit investi par le juge d'une mission de représentation de l'enfant à l'action en justice <sup>1</sup>. Cette mission de représentation ne peut être que ponctuelle <sup>2</sup> et son étendue doit être précisée par le juge qui le nomme <sup>3</sup>. Sa désignation opère à l'égard de l'enfant substitution de représentant, aussi l'administrateur *ad hoc* entre-t-il dans les pouvoirs du représentant légal et dispose pour l'accomplissement de sa mission de pouvoirs identiques dans la limite des droits reconnus à l'enfant <sup>4</sup>.

**755.** L'unité de l'institution de l'administrateur *ad hoc* civil est une réalité qui s'impose à nous tant la mise en œuvre des trois articles du Code civil qui organisent sa désignation participe de la même logique. Quel que soit l'article qui fonde la désignation de l'administrateur *ad hoc* civil, l'opposition d'intérêts entre l'enfant et son administrateur légal doit être constatée. Nous verrons qu'il en va différemment dans les instances pénales <sup>5</sup>. Le pouvoir de représenter l'enfant en justice est confié, en vertu de l'article 389-3 du Code civil, à l'administrateur légal. Aussi, le domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc* au civil est-il bien celui de l'administration légale.

**756.** À l'heure actuelle, l'utilisation de l'institution de l'administrateur *ad hoc* civil est dévoyée lorsqu'il est question de lui faire jouer un rôle dans les procédures relatives à l'autorité parentale <sup>6</sup>. Cette utilisation repose sur des fondements fragiles qui n'ont pas été confirmés par la Cour de cassation de manière

---

<sup>1</sup> Article 388-2 du Code civil. Le mandat dont est investi l'administrateur *ad hoc* est un mandat de représentation *ad agendum*, il s'agit d'une représentation à l'action, et non à l'instance. La représentation à l'instance de l'enfant est assurée par l'avocat que l'administrateur *ad hoc* aura désigné pour l'assister. Sur la distinction représentation *ad agendum*, représentation *ad litem* voir *Jurisclasseur Procédure civile, Fasc. 106*.

<sup>2</sup> Voir notamment C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 900.

<sup>3</sup> Voir notamment C. Neirinck, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496, p. 100.

<sup>4</sup> L'administrateur *ad hoc* ne dispose pas de plus de droits que le mineur qu'il représente. Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *J.C.P. G* 2001, II, 10514 note Fossier ; *RJPF* avril 2001, 21 note P. Guerder ; *RJPF* juin 2001, 6, note J. Hauser ; *Dr Fam* mai 2001, 22 note A. Gouttenoire-Cornut ; J. Hauser, « L'enfant contre ses parents : l'opposition d'intérêts ne crée pas un intérêt justifiant la tierce opposition », *RTDciv.* 2001, 333, n° 7 ; M. Bruggeman « Droit d'action du mineur et administrateur *ad hoc*, note sous Cour de cassation, Chambre mixte 9 février 2001 », *RDSS* 2001, 833.

<sup>5</sup> Voir *infra*. n° 760 et s.

<sup>6</sup> Sur ces dérives voir notamment C. Neirinck, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496 ; C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 902 ; M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 579 et s., p. 377 et s. *Contra* voir A. Gouttenoire, « L'administrateur *ad hoc* dans le cadre de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *Petites Affiches* 3 mai 1995, p. 87 ; A. Gouttenoire, « L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale », *Dr. fam.* 1998, chron., n° 6 p. 4 ; A. Gouttenoire, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ Fam.*, novembre 2003, p. 368 et s.

à faire autorité <sup>1</sup>. La désignation d'un administrateur *ad hoc* dans ces procédures relève davantage d'une méconnaissance par les praticiens des textes et de l'institution, que d'une volonté réelle de promouvoir la place de l'enfant dans ces procédures <sup>2</sup>. L'arrêt de la Chambre Mixte de la Cour de cassation en date du 9 février 2001 <sup>3</sup> a mis fin aux espoirs de représentation utile de l'intérêt de l'enfant par un administrateur *ad hoc* dans les procédures relatives à l'autorité parentale <sup>4</sup>. Peut-être était-ce aussi un premier pas vers davantage de rigueur dans l'utilisation de cette institution.

**757.** Pour qu'il puisse jouer pleinement son rôle auprès de l'enfant, la professionnalisation de cette institution nous paraît incontournable <sup>5</sup> quelle que soit la forme qu'elle puisse prendre. Si nous pouvons comprendre que l'impératif économique ait emporté la faveur du législateur, nous ne pouvons que regretter que celui-ci ait opté pour une préférence donnée à la famille pour l'exercice de cette fonction <sup>6</sup>, d'autres voies étaient envisageables à moindre coût <sup>7</sup>.

**758.** Ceci d'autant plus que la dualité du régime des administrateurs *ad hoc* n'empêchent pas que cette fonction puisse être exercée par une même personne, que son action s'exerce au civil ou au pénal. Seule l'étendue de ses pouvoirs et la nature de ses missions auprès de l'enfant seront différentes. Aussi, le recrutement des administrateurs *ad hoc* parmi les personnes figurant sur la liste prévue à l'article R. 53 du Code de procédure pénale <sup>8</sup> doit être généralisé à

---

<sup>1</sup> L'attendu de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 23 février 1999 (*Bull. civ.*, I, n° 66 ; *Dr fam* 1999 comm., n° 46 obs. A. Gouttenoire-Cornut ; J. Hauser, « Opposition d'intérêts et administrateur *ad hoc* », *RTDciv.* 1999 p. 601 ; Y. Favier, « Délégation de l'autorité parentale et intérêt de l'enfant », *J.C.P. G* 2001, I, 293, n° 6) est loin d'avoir la force et la portée d'un attendu de principe. La Cour de cassation n'a depuis pas encore eu l'occasion de prendre véritablement position sur ce point.

<sup>2</sup> L'utilité de la représentation *ad hoc* de l'enfant dans ces procédures et plus que sujette à caution, dans la mesure où celui-ci ne dispose pas de plus de droits que l'enfant. Aussi ses pouvoirs se limitent alors à ceux d'un simple rapporteur. L'audition de l'enfant ou le rapport au juge de ses souhaits et sentiments doit être garantie à défaut pour l'enfant du pouvoir d'intervenir dans les procédures relatives à l'autorité parentale.

<sup>3</sup> Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *J.C.P. G* 2001, II, 10514 note Fossier ; *RJPF* avril 2001, 21 note P. Guerder ; *RJPF* juin 2001, 6, note J. Hauser ; *Dr. fam.* mai 2001, 22 note A. Gouttenoire-Cornut ; J. Hauser, « L'enfant contre ses parents : l'opposition d'intérêts ne crée pas un intérêt justifiant la tierce opposition », *RTDciv.* 2001, 333, n° 7 ; M. Bruggeman « Droit d'action du mineur et administrateur *ad hoc*, note sous Cour de cassation, Chambre mixte 9 février 2001 », *RDSS* 2001, 833.

<sup>4</sup> Voir *supra* n° 577 et s.

<sup>5</sup> Cette hypothèse reste aux yeux de certains une utopie, voir en ce sens F. Ghelfi-Tastevin, « L'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *Petites Affiches* 13 mars 1998, pp. 9-10.

<sup>6</sup> Article 1210-1 du NCPC

<sup>7</sup> Voir sur ce point F. Ghelfi-Tastevin, « L'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *Petites Affiches* 13 mars 1998, p. 10.

<sup>8</sup> Article 1210-1 du Nouveau Code de procédure civile.

l'ensemble d'entre eux et ne plus être réservé à l'administrateur *ad hoc* pénal. L'unité de personne physique dans la fonction d'administrateur *ad hoc*, de l'introduction de l'instance jusqu'au règlement de ses conséquences, doit être garantie à l'enfant et ce, quel que soit le fondement juridique de sa désignation.

**759.** L'unité de la fonction d'administrateur *ad hoc* civil est une garantie pour l'enfant et la dualité de régime des administrateurs *ad hoc* selon qu'ils interviennent au cours d'une instance civile ou d'une instance pénale participe d'un certain retour à la cohérence, notamment dans le fonctionnement de cette institution au civil.

## 2. La représentation *ad hoc* de l'enfant dans les procédures pénales

**760.** La dualité de régime des administrateurs *ad hoc* ne tient pas tant aux fondements de leur désignation qu'à la nature de la procédure au cours de laquelle celle-ci est ordonnée. En effet, la fonction d'administrateur *ad hoc* est duale en ce que les conditions de sa désignation tout comme la mission dont il se trouve investi, diffèrent selon qu'il intervient dans le cadre d'une instance civile ou bien d'une instance pénale. Cela tombe sous le sens, il ne pouvait en être autrement ; ainsi que l'affirme le professeur Hauser : « *il y a en matière pénale de tristes spécificités qui justifient des réformes plus hardies en matière de représentation* »<sup>1</sup>.

**761.** Pour certains auteurs, l'instauration d'un administrateur *ad hoc* spécifique dans le cadre des instances pénales, tout comme les pouvoirs qui lui sont conférés, traduisent un détournement de cette institution<sup>2</sup>. Il nous semble cependant que la dualité de régime des administrateurs *ad hoc* au civil et au pénal ne permet pas de confusion. L'identité possible dans les fondements légaux de leur désignation mise à part, les conditions de leur désignation sont différentes, leur domaine d'intervention est différent, la mission qui leur est confiée est différente parce que la nature des procédures au cours desquelles ils interviennent est

---

<sup>1</sup> J. Hauser, *RTDciv.* 1993, p. 342.

<sup>2</sup> Voir notamment en ce sens C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G*, I, 228 ; M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 579 et s., p. 377 et s.

différente <sup>1</sup>. Peut-être ne s'agit-il au fond que d'une question de vocabulaire. Puisque tout est différent ou presque, peut-être aurait-il mieux valu pour le législateur de 1989 <sup>2</sup> de désigner cette fonction de représentant légal substitué par un autre vocable que celui jusqu'alors propre aux actes et aux instances civiles <sup>3</sup>.

**762.** La fonction d'administrateur *ad hoc* pénal a été créée par la loi du 10 juillet 1989 <sup>4</sup>, qui a introduit un nouvel article 87-1 dans le Code de procédure pénale <sup>5</sup>. Elle avait été pensée pour remédier aux lacunes du droit des incapables mineurs dès lors qu'ils se trouvaient être les victimes de maltraitance du fait de leurs auteurs. Cet article a ainsi ouvert la possibilité à l'enfant de se voir désigner un administrateur *ad hoc* spécialement chargé de se constituer partie civile au cours du procès intenté à l'encontre de ses parents.

**763.** La création d'une fonction spécifique de représentant légal substitué, dévolue à l'administrateur *ad hoc*, n'a toutefois pas empêché qu'il puisse intervenir dans les instances pénales sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil <sup>6</sup>. Loin d'ajouter à la confusion, l'utilisation de cet article par le juge pénal a ainsi permis de pallier les lacunes de l'ancien article 87-1 du Code de procédure pénale. En effet, dès lors que l'enfant n'était pas la victime directe de ses auteurs <sup>7</sup>, ou bien lorsque l'auteur de l'infraction n'était pas titulaire de l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne <sup>8</sup>, la désignation d'un administrateur *ad hoc* sur le fondement de l'article 87-1 du Code de procédure pénale était impossible.

---

<sup>1</sup> Voir également en ce sens M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 623, p. 404. L'auteur affirme : « Désormais, l'emploi du même titre pour désigner ces deux catégories différentes risque d'accroître la confusion entre elles alors qu'elles ne répondent pas aux mêmes règles ni aux mêmes objectifs ».

<sup>2</sup> Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la protection de l'enfance maltraitée.

<sup>3</sup> *De lege ferenda* il aurait été possible de faire préciser aux articles du Code de procédure pénale qu'en tout état de cause le représentant légal substitué pourrait être désigné si les conditions prévues par les articles 389-3 et 388-2 du Code civil pour la désignation d'un administrateur *ad hoc* étaient remplies.

<sup>4</sup> Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs.

<sup>5</sup> L'article 87-1 du Code de procédure pénale aujourd'hui abrogé disposait : « Le juge d'instruction saisi de faits volontairement commis à l'encontre d'un mineur par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou par l'un d'entre eux peut procéder à la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour exercer s'il y a lieu au nom de l'enfant les droits reconnus à la partie civile ».

<sup>6</sup> Voir notamment Cass Crim 28 février 1996, *Bull. crim.*, n° 98 ; D. 1997, somm., 280 obs Desnoyer ; J.C.P. G 1996, II, 22707 note Raymond ; Defrénois 1996, 1354 obs. Massip ; RTDciv. 1996, 597 obs. Hauser.

<sup>7</sup> Dans cette affaire un administrateur *ad hoc* avait été désigné au frère de la victime directe de l'assassinat pour lequel ses parents comparaissaient en qualité de complice. Faute d'avoir été la victime de faits volontairement commis à son encontre par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, sa constitution de partie civile ne pouvait être fondée sur l'article 87-1 du Code de procédure pénale.

<sup>8</sup> Voir notamment sur ce point G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 542, p. 313. Lorsque l'enfant était victime d'un proche ou d'un membre de sa

**764.** L'abrogation de cet article par la loi du 17 juin 1998<sup>1</sup> et les dispositions du nouvel article 706-50 du même Code n'empêcheront cependant pas la survie de cette dualité de fondements dans les instances pénales. En effet, l'article 706-50 du Code de procédure pénale ne remédie que partiellement aux lacunes de l'ancien article 87-1. Si la qualité de l'auteur de l'infraction commise à l'encontre du mineur est désormais indifférente<sup>2</sup>, ce qui a pour conséquence d'ouvrir le domaine de l'article 706-50 du Code de procédure pénale à l'ensemble des actes de maltraitance commis sur l'enfant<sup>3</sup>, il existera toujours des faits qui ne tomberont pas sous le coup de cet article. L'article 388-2 du Code civil, en raison de la généralité de ses termes, reste aujourd'hui plus que jamais utile dans les instances pénales pour pallier à l'avenir les lacunes de l'article 706-50 du Code de procédure pénale<sup>4</sup>.

**765.** Ces cas mis à part, il apparaît toutefois que l'article 706-50 du Code de procédure pénale doit dorénavant « régner sans partage sur la constitution de partie civile des mineurs victimes directes de l'infraction »<sup>5</sup>. La constitution de partie civile n'étant qu'un des aspects de la protection de l'intérêt de l'enfant, c'est bien la représentation de l'enfant victime dans les instances pénales que cet article a vocation à régir. La réforme du Code de procédure pénale laisse toutefois subsister quelques interrogations quant au domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc* pénal.

**766.** En effet, l'ancien article 87-1 du Code de procédure pénale appartenait à un titre du Code relatif à la constitution de partie civile<sup>6</sup>. Désormais, le nouvel article 706-50 a été inséré dans un Titre XIX intitulé : « De la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes ». Cet article pour être pleinement utile doit être interprété, en dépit des dispositions de

---

famille autre que ses parents, les dispositions de l'article 87-1 du Code de procédure pénale ne pouvaient s'appliquer à son égard.

<sup>1</sup> Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs, JO 18 juin 1998.

<sup>2</sup> C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, n° 7, p. 903.

<sup>3</sup> L'ancien article 87-1 du CPP n'avait vocation à régir que les situations de maltraitance parentale. Voir sur ce point G. Favre-Lanfray, *op. cit.*, n° 542, p. 313.

<sup>4</sup> Il permettra notamment de fonder la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant victime par ricochet. C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, n° 6, p. 902.

<sup>5</sup> C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, n° 7, p. 903

<sup>6</sup> « L'article 87-1 du Code de procédure pénale figurait à la section intitulée : « De la constitution de partie civile et de ses effets », G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 616, p. 348.

l'article 706-47<sup>1</sup>, de manière très large et comme relevant de la protection générale du mineur victime, ainsi que nous invite à le faire l'intitulé du Titre XIX. Le fait que tous les articles<sup>2</sup> du Titre XIX renvoient pour leur application « *au mineur victime de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47* »<sup>3</sup>, sauf les articles 706-50 et 706-51 relatifs à la désignation d'un administrateur *ad hoc* pénal, vient renforcer cette idée<sup>4</sup>.

**767.** Par ailleurs, Monsieur Charles Jolibois, dans son rapport fait au nom de la commission des Lois<sup>5</sup>, présente la réforme du Code de procédure pénale comme autorisant la désignation d'un administrateur *ad hoc* « *pour toute infraction quel qu'en soit l'auteur à l'exclusion de celles commises par imprudence ou négligence* »<sup>6</sup>. Il apparaît toutefois qu'en pratique, l'articulation entre les différents articles du Titre XIX du Code de procédure pénale sera ce que les juges en feront, et nous ne pouvons que regretter avec Madame Favre-Lanfray, que le législateur, en laissant subsister des dispositions dont la portée est soumise à l'interprétation des juges, n'ait pris soin de garantir l'égalité des enfants victimes de maltraitance<sup>7</sup>.

**768.** En vertu de l'article 706-50 du Code de procédure pénale, l'administrateur *ad hoc* est désigné à l'enfant au cours d'une instance pénale « *lorsque la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'eux* »<sup>8</sup>. Le critère traditionnel de désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant, l'opposition d'intérêts, est aujourd'hui purement

---

<sup>1</sup> L'article 706-47 du Code de procédure pénale dispose : « *Les dispositions du présent titre sont applicables aux procédures concernant les infractions de meurtre ou d'assassinat précédé ou accompagné d'un viol, de torture ou d'actes de barbarie ou pour les infractions d'agression ou d'atteinte sexuelles ou de recours à la prostitution d'un mineur prévue par les articles 222-23 à 222-31, 225-12-1 et 227-22 à 227-27 du CP* ».

<sup>2</sup> L'article 706-47-2 mis à part. Cet article est un peu à part dans la mesure où il organise de manière générale le dépistage des maladies sexuellement transmissibles chez les auteurs de viol, d'agression sexuelles ou d'atteintes sexuelles. Son application n'est pas restreinte aux infractions commises sur les enfants.

<sup>3</sup> Voir les articles 706-47-1, 706-48, 706-49, 706-52, 706-53 du Code de procédure pénale.

<sup>4</sup> « *Bien qu'issu d'une loi relative aux infractions sexuelles, son application n'est pas limitée aux seules infractions visées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale, à la différence des autres dispositions de la loi* » C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 903

<sup>5</sup> Rapport n° 49. Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes et sur la proposition de loi relative à la répression des crimes. [www.senat.fr/rap/197-049/197-049.html](http://www.senat.fr/rap/197-049/197-049.html)

<sup>6</sup> [www.senat.fr/rap/197-049/197-0494.html#toc112](http://www.senat.fr/rap/197-049/197-0494.html#toc112).

<sup>7</sup> Si l'article 706-50 du Code de procédure pénale est interprété à la lumière de l'article 706-47, cela conduira le juge pénal à exclure son application des affaires de maltraitance physique. Une interprétation large de son domaine d'application à l'ensemble des cas de maltraitance étant par ailleurs autorisée, les conditions de la représentation de l'intérêt de l'enfant victime à l'instance seront fonction de l'interprétation qui est retenue par le juge. G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 617, p. 349.

<sup>8</sup> Article 706-50 du Code de procédure pénale.

et simplement abandonné dans les instances pénales. Son application subsistait encore de manière implicite dans l'ancien article 87-1 du Code de procédure pénale qui avait vocation à s'appliquer aux instances consécutives à des faits de maltraitance parentale.

**769.** Le maintien de ce critère historique n'était pas compatible avec l'extension du domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc* pénal à l'ensemble des situations de maltraitance. En effet, dans bon nombre d'affaires, dès lors que les faits de maltraitance ont été commis par un autre membre de la famille, un ami ou une personne exerçant de l'ascendant sur les parents, si ces derniers ne prennent pas fait et cause pour leur enfant, la défense des intérêts de celui-ci ne sera pas assurée sans qu'une opposition d'intérêts puisse être mise en évidence ; ce qui coupe court à toute possibilité pour le juge de désigner un administrateur *ad hoc*.

**770.** Faire de cette désignation une obligation sans condition serait inconciliable avec le respect des droits des parents ayant à cœur la protection de la personne et des intérêts de leur enfant. La possibilité pour eux d'exercer ces droits doit être garantie. Le seul moyen de concilier le respect de ces droits et de la confiance qui doit être accordée aux parents dans l'exercice de leur fonction de représentant légal, consistait à poser leur propre défaillance en condition de désignation de l'administrateur *ad hoc*, ce qui a été réalisé par la loi de 1998 <sup>1</sup>.

**771.** Le critère de non-protection complète des intérêts du mineur victime est le seul, à nos yeux, permettant de réussir cet équilibre. Le « *beau droit* » <sup>2</sup> a sans doute été sacrifié à une protection accrue et plus cohérente des intérêts des enfants victimes.

**772.** Ainsi lorsque les parents seront défaillants dans leur mission de protection des intérêts de leur enfant, par abstention ou par action, et c'est là l'intérêt de l'utilisation de l'adverbe « *complètement* » par le législateur <sup>3</sup>, un administrateur *ad hoc* pourra leur être substitué pour l'accomplissement de cette mission. L'inertie procédurale des représentants légaux, qui entrainait déjà dans la définition d'une opposition d'intérêt subjective <sup>4</sup>, tombe désormais directement dans le champ d'application de l'article 706-50 du Code de procédure pénale. De même,

---

<sup>1</sup> Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 *relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs*, JO 18 juin 1998.

<sup>2</sup> J. Hauser, « La guerre prévue des *ad hoc* ! », *RTDciv.* 2001, p. 110.

<sup>3</sup> La voix des praticiens a certainement été entendue.

<sup>4</sup> Voir T. Fossier note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 janvier 1999, *Dr. fam.* 1999 comm. n° 58 p. 20.

lorsque l'action des parents, et notamment la constitution de partie civile au nom de l'enfant, relève davantage d'un abus de droit<sup>1</sup> que d'une volonté réelle de protéger les intérêts de ce dernier<sup>2</sup>, les conditions de la désignation de l'administrateur *ad hoc* pénal seront remplies. Cette désignation confère à l'administrateur *ad hoc* un pouvoir exclusif de représentation de l'enfant dans la procédure et fait obstacle à toute initiative parentale qui interviendrait consécutivement<sup>3</sup>.

**773.** L'autre changement majeur introduit par la loi de 1998<sup>4</sup> réside dans le fait que la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant n'est plus une question d'opportunité. Lorsque les représentants légaux n'assurent pas complètement la protection des intérêts de leur enfant, la désignation de l'administrateur *ad hoc* est imposée par l'article 706-50 du Code de procédure pénale<sup>5</sup>. Le caractère obligatoire de cette désignation vient appuyer la volonté de donner un véritable statut à l'enfant victime dans le procès pénal, et renforce l'unité dans le traitement qui leur est accordé. Tout enfant victime de maltraitance se voit ainsi garantir la protection de ses intérêts dans le procès pénal et ce, dès le début de la procédure. La possibilité offerte au Procureur de la République de désigner un administrateur *ad hoc* à l'enfant va dans ce sens.

---

<sup>1</sup> Voir notamment L. Josserand, *De l'esprit des droits et de la relativité, théorie dite de l'abus des droits*, thèse Librairie Dalloz, Paris 1939. Selon Josserand, les droits ne sont pas absolus, ils ont une finalité juridique, une fonction sociale, ils doivent ainsi être exercés dans un but précis ou dans l'intérêt d'une autre personne que leur titulaire. Par conséquent, constitue un abus de droit, le fait pour son titulaire d'agir dans un sens « *contraire au but de l'institution, son esprit et sa finalité* ». Voir p. 395, dans le chapitre IV intitulé « Les puissances familiales ».

<sup>2</sup> Lorsque la constitution de partie civile n'a d'autre but que de détourner la défense de l'enfant au service de l'auteur de l'infraction. Le fait que des parents se constituent partie civile dans leur intérêt propre et non dans celui de leur enfant n'est pas une hypothèse d'école, ainsi que nous le décrit Madame Favre-Lanfray ; « *la complicité active ou passive, l'ambivalence du deuxième parent non poursuivi sont des faits réels et fréquents dans ce type d'affaire* », G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 587, p. 336.

<sup>3</sup> Voir notamment Cass. Crim 12 septembre 2000, *Bull. crim.*, n° 266, p. 787 ; *D.* 2000, IR, 275 ; J. Hauser, « La guerre prévue des *ad hoc* ! », *RTDciv.*, 2001, p. 110. La Cour de cassation pose en attendu de principe que « *la désignation d'un administrateur ad hoc en application du Code de procédure pénale, pour assurer la protection des intérêts d'un mineur et exercer au nom de celui-ci les droits reconnus à la partie civile, fait obstacle à ce que le représentant légal du mineur puisse également intervenir aux mêmes fins* ». Dans cette affaire l'inertie procédurale de la mère apparaissait évidente dans la mesure où elle n'a, à l'origine, pas pris l'initiative de se constituer partie civile au nom de ses petites filles victimes d'agression sexuelle, et que ce n'est qu'après la désignation d'un administrateur *ad hoc* par le magistrat instructeur et après avoir laissé expirer le délai d'appel de dix jours consécutifs à cette désignation (articles 186 et R.53 du Code de procédure pénale), qu'elle s'est constituée partie civile au nom de ses enfants. Cette constitution a en toute logique été déclarée irrecevable.

<sup>4</sup> Loi n° 98-468 du 17 juillet 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs, *JO* 18 juin 1998.

<sup>5</sup> L'ancien article 87-1 disposait : « *Le juge d'instruction (...) peut procéder à la désignation d'un administrateur ad hoc...* ». Le juge pouvait ainsi souverainement décider de ne pas procéder à cette désignation.

**774.** L'article 706-50 du Code de procédure pénale autorise en effet la désignation d'un administrateur *ad hoc* pénal à l'enfant par le Procureur de la république, le juge d'instruction ou la juridiction de jugement <sup>1</sup>. Cette concurrence dans le pouvoir de désignation d'un administrateur *ad hoc* peut troubler, notamment du fait du rôle donné au ministère public <sup>2</sup>. Toutefois elle participe d'une certaine cohérence dans la mission de représentant légal substitué qui est confié à l'administrateur *ad hoc*. Elle tient de l'idée qu'il n'est jamais trop tard pour désigner un administrateur *ad hoc* à l'enfant <sup>3</sup> mais qu'il est préférable que cette désignation ait lieu dès l'origine de la procédure, ce qui justifie l'attribution de ce pouvoir au Procureur de la république, qui a en premier lieu à connaître des faits. Cette compétence se justifie d'autant plus que l'enfant, à la différence des pouvoirs qui lui sont accordés dans le cadre des procédures civiles <sup>4</sup>, ne peut être à l'origine de la désignation de son administrateur *ad hoc* pénal.

**775.** L'attribution de cette compétence au Parquet permet également de coller davantage à la mission dévolue à l'administrateur *ad hoc* pénal. En effet, celle-ci diffère de la mission de pure représentation de l'intérêt de l'enfant confiée à l'administrateur *ad hoc* civil, en raison du domaine particulier de son intervention. L'administrateur *ad hoc* pénal intervient après l'échec de tous les mécanismes de protection de l'enfant puisque ce dernier a été victime d'atteintes à sa personne justifiant le déclenchement d'une instance pénale à l'encontre de leur auteur. Aussi, son domaine d'intervention est-il beaucoup plus vaste et englobe celui qui lui est attribué au civil ; il aura en charge la protection de l'intérêt de l'enfant dans la procédure et non plus seulement la représentation de cet intérêt <sup>5</sup>.

**776.** La défaillance des parents à assurer la protection complète de l'intérêt de leur enfant justifie son intervention. L'intention du législateur était de faire de l'administrateur *ad hoc* pénal un véritable accompagnateur de l'enfant dans la

---

<sup>1</sup> Cet article dispose *in fine* : « Les dispositions qui précèdent sont applicables devant la juridiction de jugement ».

<sup>2</sup> Voir notamment M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 616, p. 399. L'auteur fait notamment état de certaines pratiques qui consistent pour le juge d'Instruction à « valider » la désignation d'un *ad hoc* par le Parquet, en le nommant à son tour.

<sup>3</sup> L'attitude de ses représentants légaux peut en effet varier au cours de la procédure et l'enfant ne doit pas souffrir des conséquences d'une volonté émoussée de protéger ses intérêts.

<sup>4</sup> En vertu de l'article 389-3 al. 2 du Code civil, le juge des tutelles peut procéder à la désignation d'un administrateur *ad hoc* à la demande du mineur.

<sup>5</sup> Voir sur ce point M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 620, p. 402.

procédure dès lors que les parents n'assumeront plus cette fonction <sup>1</sup>. L'idée force étant de ne pas laisser l'enfant affronter seul les différentes étapes de la procédure. Il appartiendra à l'administrateur *ad hoc* pénal, en tant que représentant légal substitué qui entre dans les pouvoirs de la personne à laquelle il se substitue, d'agir en lieu et place des titulaires de l'autorité parentale.

**777.** L'accompagnement de l'enfant dans la procédure apparaît alors comme faisant partie intégrante de sa mission dès lors qu'en l'absence de défaillance parentale, ce rôle serait normalement exercé par les titulaires de l'autorité parentale. L'administrateur *ad hoc* peut, à ce titre, être présent lors des auditions ou des confrontations auxquelles sera soumis le mineur victime, à la demande du Procureur de la république ou du juge d'instruction <sup>2</sup>.

**778.** La complémentarité de la mission de l'avocat de l'enfant et de l'administrateur *ad hoc* apparaît avec évidence. La représentation de l'intérêt de l'enfant victime est confiée à l'avocat, la protection de son intérêt à l'administrateur *ad hoc*. C'est à l'administrateur *ad hoc* de guider l'avocat dans l'exécution de son mandat. Était-ce à l'administrateur *ad hoc* que le législateur devait confier cette mission, au risque de l'amener sur un terrain qui n'était traditionnellement pas le sien ? Il était fondamental et grand temps pour le droit français de donner à l'enfant victime la garantie d'être accompagné au cours de la procédure en cas de défaillance parentale.

**779.** Toute confusion entre les fonctions d'administrateur *ad hoc* civil et l'administrateur *ad hoc* pénal est désormais impossible. Néanmoins, elle subsiste au sein de chaque branche. Aux dérives qui consistent à faire intervenir l'administrateur *ad hoc* civil dans le domaine de l'autorité parentale <sup>3</sup> s'ajoutent celles qui consistent à attribuer à l'administrateur *ad hoc* pénal une mission

---

<sup>1</sup> Voir le rapport de Monsieur Jolibois fait au nom de la commission des lois. Rapport n° 49. Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes et sur la proposition de loi relative à la répression des crimes. [www.senat.fr/rap/197-049/197-0492.html#toc73](http://www.senat.fr/rap/197-049/197-0492.html#toc73). « Comme l'a notamment souligné Madame Vignaud ce rôle devrait être étendu à la protection des intérêts du mineur dans leur ensemble, et en particulier sur le plan psychologique. Tel est également le sentiment de votre commission qui vous propose donc d'élargir à cette fin le rôle de l'administrateur *ad hoc*. Celui-ci serait ainsi en mesure de faire véritablement fonction d'accompagnateur de l'enfant tout au long de la procédure... ».

<sup>2</sup> Article 706-53 du Code de procédure pénale.

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 564 et s.

éducative. La tentation est grande, notamment chez les praticiens exerçant cette fonction, de vouloir trop en faire <sup>1</sup>.

**780.** Le mandat de l'administrateur *ad hoc* pénal est judiciaire et sa mission consiste à accompagner l'enfant tout au long de la procédure. Celle-ci peut en fonction du degré de maturité de l'enfant qu'il accompagne, revêtir un caractère pédagogique qui consiste à faire comprendre à ce dernier les différentes étapes du procès, afin qu'il y trouve sa juste place <sup>2</sup>. Nous nous trouvons là à la limite du domaine de sa mission ; en aucun cas l'administrateur *ad hoc* ne saurait être la personne de qui dépend la reconstruction psychologique de l'enfant victime <sup>3</sup>. Ce rôle appartient aux psychologues et aux éducateurs qui seront amenés à travailler avec l'enfant victime <sup>4</sup>.

**781.** Ces dérives, certes fondées sur les meilleures intentions, n'offrent aucune garantie quant à la qualité du suivi éducatif ainsi entrepris et ne vont pas dans l'intérêt de l'enfant. L'administrateur *ad hoc* bien que sensible « *aux questions de l'enfance* » <sup>5</sup>, ne dispose pas toujours des compétences lui permettant de mener un travail éducatif auprès de l'enfant victime <sup>6</sup>. Aussi, la pratique consistant à faire remplir à l'administrateur *ad hoc* une mission éducative <sup>7</sup> doit être condamnée, et le suivi éducatif de l'enfant victime organisé dès le début de l'instance <sup>8</sup>. La mission éducative a vocation à se poursuivre après le jugement et tant qu'il sera nécessaire

---

<sup>1</sup> Voir en ce sens M. Tetu et M.-F. Joly, « Administrateur *ad hoc* et éducateur : leurs mandats sont-ils compatibles ? », *L'administrateur ad hoc*, Fondation pour l'Enfance, Eres 2002, p. 75.

<sup>2</sup> G. Favre-Lanfray, « L'administrateur *ad hoc* a-t-il une fonction juridique et/ou d'accompagnement », *L'administrateur ad hoc*, Fondation pour l'Enfance, Eres 2002, p. 37.

<sup>3</sup> Le professeur G. Raymond fait état des pratiques de certains administrateurs *ad hoc* qui à côté de leur mission judiciaire remplissent une mission éducative auprès de l'enfant afin de « *l'aider à se reconstruire, notamment après des violences sexuelles* ». G. Raymond, « La mission de l'administrateur *ad hoc* », *L'administrateur ad hoc*, Fondation pour l'Enfance, Eres 2002, p. 25.

<sup>4</sup> Sur l'articulation entre la mission de l'administrateur *ad hoc* et celle des travailleurs sociaux voir G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 488 et s., pp. 289 et s. Nous ne souscrivons toutefois pas aux conclusions de l'auteur qui préconisent dans les affaires d'inceste que l'exercice de la mesure d'assistance éducative soit effectuée par l'administrateur *ad hoc* de l'enfant. « *On ne peut plus faire l'impasse d'une mesure d'assistance éducative fort souhaitable en matière d'inceste pour privilégier l'accompagnement de l'enfant et ce d'autant qu'elle peut fort bien être effectuée par son administrateur ad hoc* », *ibidem*, p. 296.

<sup>5</sup> L'intérêt porté aux questions de l'enfance et sa compétence sont les seules qualifications auxquelles sont juridiquement soumis les administrateurs *ad hoc* en vertu de l'article R. 53-1 du Code de procédure pénale.

<sup>6</sup> G. Raymond, « La mission de l'administrateur *ad hoc* », *L'administrateur ad hoc*, Fondation pour l'Enfance, Eres 2002, p. 26.

<sup>7</sup> G. Raymond, art. préc., p. 25.

<sup>8</sup> S'il n'a pas déjà été mis en place en amont dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative.

à l'enfant ; elle apparaît ainsi, par sa durée, tout à fait incompatible avec le caractère ponctuel revêtu par celle d'un administrateur *ad hoc*.

**782.** Les meilleures garanties accordées à la protection de la personne et de l'intérêt de l'enfant imposent que la mission d'accompagnement judiciaire soit exercée en partenariat avec l'éducateur de l'enfant et non en concurrence avec lui. Mais c'est peut-être l'ensemble de notre système de protection de l'enfance qu'il faudrait repenser <sup>1</sup>. L'efficacité et la cohérence imposent que pendant le temps de l'instance l'enfant bénéficie d'un double accompagnement, un accompagnement éducatif et un accompagnement juridique, ce dernier prendra fin à l'issue de l'instance pénale, alors que le premier pourra se poursuivre même au-delà de la majorité de l'enfant <sup>2</sup>.

**783.** À l'issue de l'instance pénale, la prise en charge de la personne de l'enfant doit être assurée par le jeu des mécanismes de l'assistance éducative. La gestion de ses biens <sup>3</sup> restera confiée à ses administrateurs légaux à moins qu'une opposition d'intérêts soit constatée ce qui justifiera l'intervention d'un administrateur *ad hoc* civil. Si l'identité de personne physique exerçant la fonction d'administrateur *ad hoc* pénal doit être garantie à l'enfant au cours de la procédure <sup>4</sup>, la désignation d'une autre personne physique pour exercer la fonction ponctuelle d'administrateur *ad hoc* civil s'avère nécessaire <sup>5</sup>. Elle permet d'éviter une confusion des rôles et tout empiètement de la mission de l'administrateur *ad hoc* sur l'action éducative menée auprès de l'enfant par les travailleurs sociaux. Dans les hypothèses les plus graves, l'ouverture d'une tutelle doit être envisagée <sup>6</sup>. Il

---

<sup>1</sup> « Il faut reconnaître que dans le domaine de l'enfance maltraitée les institutions sont désormais en concurrence les unes avec les autres », G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 494 p. 292. L'auteur cite M. Gabel : « Quelles perspectives pour demain ? », *Secret maintenu, Secret dévoilé. À propos de la maltraitance, Lyon octobre 1993*. Actes du Colloque publiés aux éditions Karthala, Paris 1994, p. 402.

<sup>2</sup> La protection judiciaire dont a bénéficié l'enfant pendant sa minorité peut se poursuivre sous certaines conditions en faveur du jeune majeur jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de vingt-et-un ans. Voir Décrets n° 75-96 du 18 février 1975 et n° 75-1118 du 2 décembre 1975 qui organisent les modalités de mise en œuvre de l'action de protection en faveur des jeunes majeurs. Voir également la circulaire d'orientation relative à la mise en œuvre de la protection judiciaire en faveur des jeunes majeurs en date du 21 mars 2005 (circulaire NOR *JUS F05 50 041 C*, publiée au Bulletin Officiel du Ministère de la justice n°97).

<sup>3</sup> Y compris des sommes d'argent qu'il aurait pu obtenir à titre de dommages et intérêts.

<sup>4</sup> Si la mission de l'administrateur *ad hoc* ne peut être que spécifique et ponctuelle rien n'empêche qu'il soit investi de mandats consécutifs pouvant aller de l'introduction de l'instance jusqu'à la réclamation et la perception de dommages et intérêts au nom et pour le compte de l'enfant.

<sup>5</sup> *Contra* voir G. Favre-Lanfray, *op. cit.*, p. 296.

<sup>6</sup> Il appartiendra alors à l'administrateur *ad hoc*, si l'administrateur légal de l'enfant n'est pas en mesure de gérer les sommes ainsi attribuées à l'enfant, de faire en sorte qu'elles échappent au cadre de l'administration légale et au droit de jouissance légal qui y est associé. Il devrait être en son pouvoir de saisir le ministère public afin qu'il porte le problème à l'attention du juge des tutelles. En

serait préjudiciable à l'intérêt de l'enfant de laisser les interventions *ad hoc* se multiplier pour pallier une opposition d'intérêts pérenne entre l'enfant et ses représentants légaux.

**784.** Multiplier le nombre des intervenants auprès de l'enfant <sup>1</sup> dans le cadre d'une procédure n'est pas néfaste en soi si chacun sait rester à sa place et ne cherche pas à exercer la mission dévolue aux autres. Dans les procédures judiciaires, la fonction de substitut du représentant légal peut exister et fonctionner de manière autonome, à l'instar de ce qui est prévu en droit écossais. En effet, ce système prévoit que les fonctions de *curator ad litem* s'exercent dans un cadre strictement judiciaire. Ce dernier ne saurait être désigné à l'enfant en dehors d'une instance judiciaire et encore moins se voir attribuer une mission éducative auprès de l'enfant.

## B. La représentation de l'enfant par un *curator ad litem* ou un *safeguarder*

**785.** En **droit écossais**, les intérêts de l'enfant sont, comme en droit français, représentés par ses parents dès lors qu'il est partie dans une procédure judiciaire <sup>2</sup>. De manière exceptionnelle, ils peuvent être remplacés dans l'exercice de ce pouvoir par un *curator ad litem* ou un *safeguarder* selon que l'action est de nature civile ou bien que l'enfant est référé à un *Children's Hearing* <sup>3</sup>. À la

---

effet, « les parents qui ont conservé le bénéfice de l'administration légale et de la jouissance légale doivent prendre le relais et retrouver la plénitude de leur fonction. Si on se méfie d'eux au point de vouloir les évincer totalement ou partiellement, il faut ouvrir une tutelle », C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G*, I, 228, p. 903.

<sup>1</sup> *De lege ferenda* l'enfant bénéficie tout au plus dans une procédure civile d'un administrateur *ad hoc* et d'un avocat ; dans une instance pénale, d'un administrateur *ad hoc*, d'un avocat et d'un éducateur. Le nombre des intervenants n'est donc pas déraisonnable, et le domaine d'intervention de chacun bien distinct.

<sup>2</sup> À la différence toutefois que ce pouvoir de représentation ne s'exerce qu'à l'égard des enfants de moins de seize ans. L'enfant de plus de seize ans acquiert de par le *Legal capacity (Scotland) Act 1991* la pleine capacité juridique. Il devient alors partie autonome à la procédure (Voir *infra*) sous réserve des dispositions de la section 1(3)(f) de cette loi.

<sup>3</sup> Le *Children's Hearing* est une juridiction composée de trois membres issus du *children's panel* ; à ce dernier appartiennent tous les citoyens entre dix-huit et soixante ans qui se sont portés volontaires (une campagne nationale de recrutement a lieu tous les ans au mois de septembre) et qui ont satisfait aux exigences de la formation obligatoire dispensée par l'autorité locale de laquelle ils dépendent. Ils exercent leur mandat de manière bénévole, bien souvent en plus de leur activité professionnelle. La durée de leur mandat va de trois à cinq ans, renouvelables. Les mineurs délinquants de moins de seize ans peuvent être déférés au *Children's Hearing* (sa compétence n'est toutefois pas exclusive). Celui-ci ne se prononce pas sur leur culpabilité, cette mission reste confiée aux juridictions pénales, mais seulement sur les mesures qu'il y a lieu de prendre à leur égard. Le

différence des *curators ad litem* qui sont des *officers of the court*<sup>1</sup>, les *safeguarders* dépendent des autorités locales (*local authority*). Si l'intervention d'un *safeguarder* auprès de l'enfant est issue de dispositions législatives<sup>2</sup>, la mission du *curator ad litem* et le fonctionnement de cette institution ont, pour une grande part, été dessinés par la jurisprudence. Les conditions d'intervention des *curators* et des *safeguarders* sont identiques, ainsi que les pouvoirs qui leur sont conferrés<sup>3</sup>, seule la nature des procédures au cours desquelles ils interviennent est différente.

**786.** Ils sont désignés à la demande de l'une des parties ou d'office par le juge lorsque la protection de l'intérêt de l'enfant le requiert<sup>4</sup>, là est aujourd'hui l'unique critère de leur désignation. En droit écossais, l'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux n'est pas un critère en soi pour la désignation d'un représentant légal substitué à l'enfant dans les procédures judiciaires. Par conséquent, à la différence du droit français, l'utilisation de cette notion est très libre ; elle est un indicateur certain de la nécessité pour le juge de procéder à la désignation d'un *curator ad litem* ou d'un *safeguarder* pour représenter l'intérêt de l'enfant dans la procédure. La jurisprudence écossaise permet de présenter une liste non exhaustive des circonstances qui justifient la représentation *ad hoc* de l'enfant dans la procédure.

**787.** Ces circonstances recourent pour une grande part celles qui entrent dans la définition de la notion d'opposition d'intérêts utilisée en droit français. Ainsi, le fait que parents et enfant soient parties adverses dans une procédure<sup>5</sup>, l'existence d'une opposition d'intérêts<sup>6</sup>, le fait que les représentants légaux de

---

*Children's Hearing* a également compétence pour connaître des situations de maltraitance sur l'enfant, et décide de la mise en place de mesures de protection à l'égard de ce dernier. L'appel de toutes ses décisions est porté devant les juridictions pénales. Pour plus de détails sur le fonctionnement et les pouvoirs du *Children's Hearing* écossais voir notamment le chapitre 2 du *Children (Scotland) Act 1995* (sections 39 à 51) ; E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999 n° 9.1 et s., pp. 386 et s. ; A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, n° 19.01 et s., pp. 566 et s. ; A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, n° 15.15 et s., pp. 287 et s.

<sup>1</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 15.61, p. 507.

<sup>2</sup> Voir notamment la section 41(1) du *Children (Scotland) Act 1995*, et les sections 14 et 15 du *Children's Hearing (Scotland) Rules 1996*, SI 1996/3261.

<sup>3</sup> « *A safeguarder appointed in an application shall have the powers and duties at common law of the curator ad litem in respect of the child* section 3.8(a) de l'*Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997*, SI 1997 n° 291.

<sup>4</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *op. cit.*, para. 15.61, p. 507.

<sup>5</sup> *MacNeil v. MacNeil* (1798) Mor. 16384 ; *Keith v. Archer* (1836) 15 S. 116 ; *Paterson v. Sandilands* (1617) Mor 8968 ; *Donaldson* (1629) Mor. 16253 ; *Calderhead's Trs v. Fyfe* (1832) 10 S. 582 ; *Studd v. Studd* (1880) 8 R. 249.

<sup>6</sup> *Bogie v. Bogie* (1840) 3 D. 309 ; *Park's Trs v. Park* (1876) 3 R. 850 ; *Ross v. Tennants Trs* (1877) 5 R. 182 ; *Glabraith's curator ad litem v. Stewart*, 1997 S.L.T 418.

l'enfant soient placés sous un régime d'incapacité, le fait que la procédure soit engagée au nom de l'enfant seulement, en raison de l'absence de représentant légaux pour l'enfant <sup>1</sup> ou bien de leur refus de le représenter dans cette instance <sup>2</sup>, autorisent la désignation d'un *curator ad litem* pour représenter l'intérêt de l'enfant dans la procédure <sup>3</sup>.

**788.** En vertu de la section 41(1) du *Children (Scotland) Act 1995*, le *Children's Hearing* ou le *sheriff* saisis de l'affaire sont tenus d'examiner la nécessité de désigner une personne spécialement chargée de protéger l'intérêt de l'enfant dans la procédure. Par conséquent, la désignation d'un *safeguarder* est systématique dès lors que la protection de l'intérêt de l'enfant le requiert <sup>4</sup>. La constatation de l'existence d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux était autrefois requise pour la désignation des *safeguarders*, mais cette exigence est aujourd'hui abandonnée <sup>5</sup>. Cette évolution participe d'un renforcement de la place des *safeguarders* auprès de l'enfant dans ces procédures, tel que le préconisaient les différents rapports réalisés dans le cadre de l'adoption du *Children (Scotland) Act 1995* <sup>6</sup>.

**789.** Compte tenu du cloisonnement des compétences de chacun <sup>7</sup>, le fonctionnement de ces institutions ne pose pas véritablement de problème en droit écossais. À la différence de l'administrateur *ad hoc* français, leur mission est exclusivement de nature procédurale. Aussi, ils ne peuvent être désignés à l'enfant

---

<sup>1</sup> Du fait de leur décès et de l'absence consécutive de tuteur. Voir *MacNeil v. MacNeil* (1798) Mor. 16384.

<sup>2</sup> *McConochie v. Binnie* (1847) 9 D. 791.

<sup>3</sup> Pour plus de détails concernant cette désignation voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Édimbourg 1999 para. 15.60, pp. 506-507.

<sup>4</sup> A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 10.22, p. 184.

<sup>5</sup> La section 34A du *Social Work (Scotland) Act 1968*, aujourd'hui abrogé, exigeait que le *sheriff* constate l'existence d'une opposition d'intérêts avant de procéder à la désignation d'un *safeguarder* à l'enfant. Voir E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, p. 393 note 59.

<sup>6</sup> E. E. Sutherland, *op. cit.*, para. 9.17, p. 393.

<sup>7</sup> La mission de *curator ad litem* ou de *safeguarder* peut être confiée à un avocat, qui n'exercera pas cette fonction dans la procédure en cours, un autre avocat sera désigné si besoin pour l'exercer. Il semble en pratique n'exister aucun amalgame entre la fonction d'avocat et celle de représentant de l'intérêt de l'enfant dans la procédure. Les deux fonctions seront toujours, dans le cadre d'une même procédure, exercées par deux personnes physiques différentes.

en dehors d'une instance judiciaire <sup>1</sup>, ils ne sont investis d'aucune mission générale de protection à son égard <sup>2</sup> et ne sont pas parents avec lui <sup>3</sup>.

**790.** La mission du *curator ad litem* et du *safeguarder* consiste à promouvoir le bien-être de l'enfant par la représentation de son intérêt dans la procédure <sup>4</sup>. Il leur appartiendra également de transmettre au *sheriff* ou au *Children's Hearing* la volonté de l'enfant <sup>5</sup>, mais leurs recommandations quant à la protection du bien-être de l'enfant restent libres à cet égard, ils ne sont pas tenus de suivre sa volonté <sup>6</sup>. Ils disposent de la faculté d'exercer toutes les voies de recours contre la décision du *sheriff* ou du *Children's Hearing*, si la protection du bien-être de l'enfant le requiert.

**791.** La fonctionnalisation de la mission de représentant légal substitué en droit écossais est parfaite dans la mesure où chacun joue le rôle qui lui a été attribué par le juge. Le fait que cette mission sorte d'un cadre tutélaire et ne puisse être exercée que par des professionnels permet à chacun de trouver sa place dans la procédure. C'est aussi une garantie supplémentaire pour l'enfant et l'assurance pour le juge que la procédure sera menée correctement au mieux de l'intérêt de ce dernier.

**792.** Il apparaît que dans les trois systèmes étudiés l'accès du mineur à la justice passe principalement par sa représentation à l'instance. Néanmoins, l'incapacité d'exercice qui frappe le mineur en ce domaine a été aménagée et limitée, notamment par le jeu de facteurs émancipateurs.

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Édimbourg 1999, n° 15.60 p. 506

<sup>2</sup> Le représentant *ad hoc* de l'enfant en justice était autrefois dénommé *tutor ad litem*, mais le terme de *curator ad litem* lui a été substitué, afin de gommer l'image de protecteur général de la personne et du patrimoine de l'enfant contenue par le premier, *ibid.*

<sup>3</sup> « *There is no personal connexion with the child, nor an overall protective function...* », *ibidem.*

<sup>4</sup> R. Gallagher, *Children and young people's voices. The law, Legal Services, System and Processes in Scotland*, Scottish Child law centre, The Stationery Office Limited 1999, p. 54

<sup>5</sup> En vertu de la règle 15(4)(c) du *Children's Hearing (Scotland) Rules 1996*, SI 1996/3261. Pour l'obligation faite aux *safeguarders* de faire apparaître la volonté de l'enfant dans leurs rapports voir *Social Work Service Group, Circular SW7/85* para. 17.

<sup>6</sup> A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, n° 10.32, p. 186.



## Chapitre 2. Le mineur partie autonome à la procédure

**793.** L'enfant partie autonome à la procédure dispose de « *la capacité de d'intenter ou de défendre à une procédure judiciaire sans avoir à recourir à la représentation en vertu d'une disposition légale spéciale* »<sup>1</sup>. Dans les trois systèmes étudiés, cette capacité revêt toujours un caractère exceptionnel et dérogatoire au principe général d'incapacité auquel l'enfant est soumis.

**794.** L'objet de cette partie est restreint à l'étude de cette capacité dans les procédures judiciaires, aussi nous excluons d'ores et déjà du champ de cette étude celle de la capacité reconnue au mineur anglais confié aux services sociaux (*child in care*), de solliciter, auprès de la collectivité territoriale, une modification des conditions de sa prise en charge ou de son placement<sup>2</sup>. En effet, il est fait obligation aux autorités locales anglaises de mettre en place en leur sein, une cellule chargée de l'examen des requêtes en ce sens présentées par l'enfant. La collectivité territoriale doit également disposer d'un service d'*advocates*<sup>3</sup>, lesquels auront pour mission d'assister l'enfant dans la mise en œuvre de ce droit de contestation (*complaints proceedings*). Ce recours est organisé en interne au sein de chaque collectivité territoriale et n'entre pas dans la catégorie des procédures judiciaires, objet de notre étude.

**795.** Nous verrons qu'une capacité procédurale pleine et entière peut être accordée à l'enfant en raison de la situation particulière dans laquelle il se trouve, et notamment lorsque celle-ci justifie que soient prises à son égard des mesures de protection (section 1). Cette capacité peut également être attachée à la nature de la procédure à laquelle l'enfant se trouve partie, ou encore à la qualité et à la situation

---

<sup>1</sup> A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 417, p. 227.

<sup>2</sup> Sur cette capacité et les conditions de mise en œuvre de ce recours par l'enfant voir notamment les sections 24D et 26A du *Children Act 1989*, introduites respectivement par la section 5 du *Children (leaving care) Act 2000* et la section 119 de l'*Adoption and Children Act 2002*. Voir également les dispositions de l'*Advocacy Services and Representations Procedure (Children) (Amendment) Regulation 2004, SI No. 2004/719*.

<sup>3</sup> Le mot *advocates* est un terme générique pour désigner les personnes spécifiquement chargées par l'autorité locale, de donner à l'enfant les moyens de mettre en forme sa demande et de veiller à ce que les droits de ce dernier, et notamment celui de voir ses souhaits et ses sentiments pris en considération, soient respectés. Ce ne sont pas des juristes. Le service d'*advocates* organisé par l'autorité locale n'interviendra que si l'enfant ne dispose d'aucune aide pour l'assister dans ses démarches. Sur la mission des *advocates*, voir les *National Standards for the provision of children Advocacy 2002*. Ce texte prévoit notamment (p. 2) que de manière informelle le rôle d'*advocate* puisse être exercé par un parent ou un proche de l'enfant, les personnes à qui il a été confié, des travailleurs sociaux, des professeurs ou bien encore des amis de l'enfant.

personnelle de ce dernier, celles-ci l'autorisant alors à bénéficier d'une sorte d'émancipation procédurale (section 2).

## Section 1. La capacité procédurale de l'enfant en danger

**796.** En droit anglais, l'enfant, bien qu'il dispose de la qualité de partie à la procédure dans les *public law proceedings* relatives à son placement sous protection, n'est cependant pas une partie autonome. En effet, dans ces procédures, est mise en place automatiquement une représentation spécifique de l'enfant partie, par un tandem *children's guardian*-avocat<sup>1</sup>. À la différence de l'opportunité qui lui est offerte dans les *private law proceedings*<sup>2</sup>, il ne dispose d'aucun moyen de lever cette représentation dans les *public law proceedings*.

**797.** En revanche, le droit écossais dans la procédure de *Children's Hearing* (§1), et le droit français dans la procédure d'assistance éducative (§2), ont choisi quant à eux de donner à l'enfant en danger une capacité procédurale pleine et entière.

### § 1. L'enfant partie dans la procédure de *Children's Hearing*

**798.** En **droit écossais**, la philosophie du droit de la protection de l'enfance repose sur les conclusions du rapport Kilbrandon<sup>3</sup> qui préconisent de « *traiter les 'enfants qui agissent mal' de la même manière que 'les enfants à qui l'on fait du mal'* »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 675 et s.

<sup>2</sup> Voir *infra* n° 871.

<sup>3</sup> *Report of the committee on children and young persons*, Cmnd 2306, 1964. Disponible en ligne sur le site [www.childrenshearingsscotland.gov.uk/](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk/)

<sup>4</sup> « *Treating 'children who do wrong' along side 'children who are wronged'* », E. E. Sutherland, « The child in conflict with the law », *Children's right in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. Édimbourg, W. Green, Sweet & Maxwell 1999, p. 279, note 1.

Aussi, enfant délinquant et enfant en danger relèvent de la même juridiction, le *Children's Hearing*, et se voient appliquer des règles procédurales identiques <sup>1</sup>.

**799.** L'enfant délinquant est ainsi considéré comme un enfant en danger par le droit écossais. Cette approche nous amène dans cette partie à envisager son statut procédural, ce qui sera exclu dans l'étude du droit français dans la mesure où l'enfant délinquant relève d'un régime juridique propre et autonome. Tout rapprochement de l'institution du *Children's Hearing* écossais avec le juge des enfants de droit français, qui est également doublement compétent à l'égard des enfants victimes et des enfants délinquants, ne peut aller au-delà, tant l'institution du *Children's Hearing* écossais est unique tant par sa composition, que par son mode de fonctionnement.

**800.** L'enfant déféré au *Children's Hearing* est un enfant de moins de seize ans, dès lors qu'il comparait pour la première fois <sup>2</sup>. Ainsi, à la différence du droit français, l'enfant entre seize et dix-huit ans, bien que juridiquement mineur, sera renvoyé au système de justice des majeurs tant pour sa protection que pour les sanctions qui pourraient éventuellement être prises à son encontre <sup>3</sup>.

**801.** Néanmoins, si des mesures de surveillances ont été ordonnées par un *Children's Hearing* à l'égard d'un enfant avant qu'il n'ait atteint l'âge de seize ans, ces mesures pourront se prolonger, sous réserve de leur révision annuelle jusqu'à sa majorité <sup>4</sup>. L'âge de l'enfant est ainsi un élément clef du système et ce facteur, dès le commencement de la procédure, fait l'objet de vérifications. Il appartiendra ainsi au *Children's Hearing* de s'assurer que l'enfant a bien l'âge requis avant de poursuivre la procédure <sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Les *Children's Hearings* ont été mis en place sur le fondement des dispositions de la partie III du *Social Work (Scotland) Act 1968*, qui sont aujourd'hui intégrées dans le *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> « *For the purposes of (b) chapter 2 and chapter 3 of this part, 'child' means (i) a child who has not attained the age of sixteen years* », section 93(2)(b)(i) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>3</sup> En vertu de la section 41 du *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*, en Écosse, l'âge de la responsabilité pénale est huit ans. Ainsi en tant que juridiction pénale le *Children's Hearing* sera compétent à l'égard des enfants âgés de huit à seize ans. Il n'existe aucun seuil concernant l'enfant victime, dont l'affaire pourra être déférée au *Children's Hearing* à compter de sa naissance. Toutefois, la décision des services sociaux de placer un enfant sous protection peut intervenir avant même sa naissance. Ainsi, dans une affaire *K and F*, les services sociaux de l'autorité locale avaient informé le couple dont la femme était enceinte de leur décision de demander la mise en oeuvre d'un *Child Protection Order* à l'égard de l'enfant à compter de sa naissance. Voir *K and F* 2002 SCLR 269

<sup>4</sup> « *For the purposes of (b) chapter 2 and chapter 3 of this part, 'child' means (ii) a child over the age of sixteen years who has not attained the age of eighteen years and in respect of whom a supervision requirement is in force* », section 93(2)(b)(ii) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>5</sup> « *The hearing (a) shall, at the commencement of the proceedings make inquiry as to his age and shall proceed with the hearing only if he declares that he is a child or they so determine* », section 47(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

**802.** La composition du *Children's Hearing* et son mode de fonctionnement peuvent susciter des interrogations quant au caractère judiciaire de cette institution et de la procédure qui y est menée. Néanmoins, le fait que ses décisions soient contraignantes et susceptibles d'appel devant les *sheriffs*<sup>1</sup>, le fait que les parties, et notamment l'enfant, puissent être assistées d'un avocat au cours des débats<sup>2</sup> font irrémédiablement entrer cette procédure dans le cadre des procédures judiciaires.

**803.** Les objectifs et les principes devant être appliqués par les *Children's Hearings*, ainsi que leur fonctionnement, ont fait l'objet d'une consultation nationale à la demande du Gouvernement écossais<sup>3</sup>, afin, pour celui-ci, d'être en mesure de proposer une réforme de ce système<sup>4</sup>. La consultation nationale a aujourd'hui pris fin et les premières propositions de réformes sont attendues. Toutefois, rien aujourd'hui ne permet de penser qu'une modification radicale de ce système soit envisagée. Les écossais semblent en effet, très fiers et très attachés au particularisme de la réponse que leur système apporte à la question de l'enfance en danger<sup>5</sup>.

**804.** Les *Children's Hearings* sont composés de citoyens écossais âgés de plus de dix-huit ans, bénévoles<sup>6</sup> et volontaires, membres du *children's panel* recruté au sein de chaque collectivité territoriale<sup>7</sup>. Ils sont nommés par le *Minister of Education and Young people*<sup>8</sup> sur recommandation du *Children's Panel Advisory*

---

<sup>1</sup> Section 51(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> En vertu de la règle 11(1) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261, et des dispositions du *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002*, SI 2002 No 63.

<sup>3</sup> Campagne de consultation populaire lancée par le Gouvernement écossais, *Getting it right for every child*. Pour plus de détails sur cette campagne voir le site [www.childrenshearingsscotland.gov.uk/](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk/)

<sup>4</sup> Les premières propositions de réformes sont attendues, toutefois une synthèse des réponses est déjà disponible en ligne sur le site [www.childrenshearingsscotland.gov.uk/](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk/). Elle laisse apparaître un attachement profond des Écossais au traitement des enfants victimes et des enfants délinquants sur des fondements et une procédure identiques, et à la non spécialisation des *Children's Hearings*.

<sup>5</sup> Voir notamment sur cette fierté nationale E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 9.3, p. 387. L'auteur reprend ici certaines réactions enthousiastes suscitées par le système écossais de justice des mineurs.

<sup>6</sup> Les frais afférant à l'exercice de cette fonction sont pris en charge par l'autorité locale dont ils dépendent.

<sup>7</sup> Section 39(1) du *Children (Scotland) Act 1995*. Le *children's panel* est un groupe de personnes physiques spécialement chargées de connaître des questions relatives à la jeunesse.

<sup>8</sup> Fonction dévolue avant l'entrée en vigueur du *Scotland Act 1998* (qui a donné à l'Écosse un Parlement et un Exécutif autonome) au *Secretary of State for Scotland*.

*Committee* <sup>1</sup>, pour une durée de trois à cinq ans renouvelables <sup>2</sup>. Une campagne nationale de recrutement est lancée chaque année au mois de septembre <sup>3</sup>.

**805.** Le fonctionnement des *Children's Hearings* nécessite un effort collectif national et l'ensemble de la population est sensibilisée, notamment par le biais des campagnes annuelles de recrutement, à son devoir et à ses responsabilités en la matière. Les employeurs sont également plus spécifiquement sensibilisés quant à leurs responsabilités dans le bon fonctionnement du système, et leur soutien, indispensable, passe notamment par le fait d'offrir à leurs salariés membres des *children's panels* les moyens d'organiser leur temps de travail de manière à prendre en compte leurs nouvelles obligations <sup>4</sup>.

**806.** Les membres des *children's panels* doivent se soumettre à plusieurs sessions de formation avant leur entrée en fonction, ainsi qu'au cours de leur mandat <sup>5</sup>. Un *Children's Hearing* est composé de trois membres du *children's panel*, l'un d'eux sera chargé de présider la séance <sup>6</sup>. La composition d'un *Children's Hearing* est obligatoirement mixte <sup>7</sup>.

**807.** En vertu des dispositions du *Children (Scotland) Act 1995* <sup>8</sup>, un *Children's Hearing* peut être convoqué dès lors qu'il apparaît que l'enfant doit « être

---

<sup>1</sup> Présent au sein de chaque autorité locale, il a notamment en charge de faire passer des entretiens aux volontaires pour le recrutement.

<sup>2</sup> Pour plus de détails sur l'organisation et le fonctionnement des *Children's Hearings*, le recrutement des membres du *children's panel* voir le site : [www.childrenshearingsscotland.gov.uk/](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk/)

<sup>3</sup> En 2003 le système fonctionnait avec environ 2500 volontaires, source [www.scotland.gov.uk/](http://www.scotland.gov.uk/). La dernière campagne de recrutement en date a été lancée le 28 août 2005, avec pour objectif le recrutement de 450 nouveaux membres de *children's panel*. Le soutien populaire au fonctionnement de cette institution apparaît notamment dans les statistiques tirées des dernières campagnes de recrutement. Statistiques disponibles en ligne sur le site [www.childrenshearingsscotland.gov.uk/](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk/). Elles font apparaître en moyenne 3000 volontaires pour environ 450 recrutements annuels.

<sup>4</sup> L'activité des membres du *children's panel* est bénévole et contre toute attente la catégorie d'âge la plus représentée au sein des *Children's Hearing* en 2004 est la tranche 30-39 ans, qui forment le corps principal de la population active. Statistiques disponibles en ligne sur le site [www.childrenshearingsscotland.gov.uk/](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk/). Le droit des salariés à prendre du temps sur leur temps de travail lorsqu'ils exercent notamment des fonctions judiciaires est garanti par la section 50 de l'*Employment Right Act 1996*.

<sup>5</sup> Pour plus de détails sur la formation à laquelle doivent se soumettre les membres des 32 *children's panels* voir le *Children's panel Training Organisers – Scotland Report 2002-2003* disponible en ligne sur le site [www.scotland.gov.uk/library5/social/cptoar03-00.asp](http://www.scotland.gov.uk/library5/social/cptoar03-00.asp). La formation s'organise généralement en trois périodes, une formation initiale d'environ 40h dispensée en différentes sessions (*pre-service training*), suivie de deux sessions de formation, une à 4 mois et l'autre entre 9 et 18 mois après leur prise de fonction (*induction training- new member*), enfin des formations sont organisées au cours de leur mandat afin de satisfaire aux besoins spécifiques éventuels de l'autorité locale dont ils dépendent (*In-service training*).

<sup>6</sup> Section 39(5) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Section 52 du *Children (Scotland) Act 1995*.

*soumis à des mesures impératives de surveillance* »<sup>1</sup>. Les situations dans lesquelles ces mesures s'imposent naissent lorsque l'enfant :

« (a) n'est plus sous le contrôle d'une personne titulaire des droits et devoirs parentaux à son égard ou bien l'ayant de facto pris en charge (*relevant person*) »<sup>2</sup>

(b) a de mauvaises fréquentations, ou est exposé à un danger pour sa moralité.

(c) risque de souffrir inutilement ou risque de voir sa santé ou son développement sérieusement altérés faute de soins parentaux appropriés.

(d), (e), (f), (g) a subi des agressions physiques ou sexuelles contre sa personne, vit ou est sur le point de vivre soit au contact d'un enfant ayant lui-même subi de telles agressions soit d'une personne ayant auparavant été condamnée pour de telles infractions à l'égard de mineurs.

(h) ne va plus à l'école pour des raisons inexplicables

(i) a commis une infraction

(j), (k) a consommé abusivement (*misuse*) de l'alcool, a fait usage de produits stupéfiants et de substances psychotropes à des fins non médicales

(l) pris en charge par les services sociaux, a un comportement qui nécessite la mise en œuvre de mesures spécifiques de contrôle, dans son intérêt ou bien celui des autres »<sup>3</sup>.

**808.** Le *Children's Hearing* est saisi sur demande du *Reporter Principal*. Celui-ci peut être saisi par les services sociaux de la collectivité territoriale, les services de Police ou bien quiconque pouvant raisonnablement penser que des « *mesures impératives de surveillance* » doivent être prises à l'égard d'un enfant<sup>4</sup>. Le *Reporter Principal* peut également être saisi directement par une juridiction qui aurait eu à connaître au cours d'une procédure de faits commis à l'encontre de l'enfant et qui nécessiteraient son renvoi devant un *Children's Hearing*<sup>5</sup>.

**809.** De manière générale, le *Reporter Principal* est le garant de la régularité procédurale du *Children's Hearing*, ainsi que du respect des droits de parties<sup>6</sup>. La mission du *Reporter Principal* est de s'assurer premièrement, de l'existence d'un motif de saisine du *Children's Hearing* et deuxièmement, de la nécessité d'ordonner

---

<sup>1</sup> « *Children requiring compulsory measures of supervision* » *Children (Scotland) Act 1995* partie II, chapitre 3.

<sup>2</sup> La notion de « *relevant person* » est définie par la section 93(2) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>3</sup> Section 52(2) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> Section 53 du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>5</sup> Section 54 du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>6</sup> Para. 49 du *SCRA guidance to Reporters* (guide de bonne pratique à l'attention des *Reporters*), disponible en ligne sur le site : [www.childrenshearingsscotland.gov.uk](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk)

des mesures impératives de surveillance à l'égard de l'enfant <sup>1</sup>. Il pourra à ce titre faire procéder, notamment par les services de la collectivité territoriale, à des investigations auprès des familles et de l'entourage de l'enfant <sup>2</sup>.

**810.** Le *Reporter Principal* peut également, dans le but d'établir un bilan de la situation de l'enfant, collecter des informations auprès des services médicaux ou bien des services scolaires ayant eu des contacts avec l'enfant <sup>3</sup>. Le *Reporter Principal* décidera alors de l'opportunité de réunir un *Children's Hearing* <sup>4</sup>. Lorsqu'il n'estimera pas nécessaire de procéder à cette convocation, il devra informer directement de sa décision, l'enfant, les personnes titulaires des droits et devoirs parentaux à son égard ainsi que la personne qui a été à l'origine de sa saisine <sup>5</sup>. Toute décision future de convoquer un *Children's Hearing* à l'égard du même enfant devra alors être fondée sur des éléments nouveaux <sup>6</sup>.

**811.** S'il décide de renvoyer l'enfant devant un *Children's Hearing*, le *Reporter Principal* devra alors organiser la réunion <sup>7</sup>, et il pourra éventuellement ordonner la réalisation d'un rapport complémentaire sur la situation de l'enfant <sup>8</sup>. Dans le but d'organiser la tenue du *Children's Hearing*, le *Reporter Principal* pourra si nécessaire réunir les trois membres du *children's panel* qui prendront connaissance du dossier au cours d'un *Business Meeting* <sup>9</sup>. Cette réunion préparatoire a pour but de déterminer en quelle qualité les parties seront convoquées, et notamment l'attribution de la qualité de *relevant person* aux parents ou à une personne ayant *de facto* pris en charge l'enfant <sup>10</sup>, cette qualité ouvrant le

---

<sup>1</sup> Section 56(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> Section 56(2) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>3</sup> Voir sur ce point E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 9.46, p.405.

<sup>4</sup> Toutefois, en vertu de la section 49 du *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*, s'il est saisi directement par une juridiction suite à la reconnaissance de culpabilité du mineur au cours d'une procédure pénale, l'opportunité de la convocation disparaît, le *Reporter Principal* est alors tenu de convoquer le *Children's Hearing*.

<sup>5</sup> Section 56(4)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>6</sup> Section 56(5) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>7</sup> Section 56(6) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>8</sup> Section 56(7) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>9</sup> Règle 4 du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

<sup>10</sup> Règle 4(2)(a) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261. Le *Business Meeting* sera également le lieu de débattre de l'opportunité d'informer une partie s'étant vue attribuer la qualité de *relevant person*, du caractère inapproprié de sa présence au cours du *Children's Hearing*, Règle 4(2)(c) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261. La possibilité d'exclure la présence d'une partie, et éventuellement celle de son avocat, de tout ou partie des débats a été posée par les sections 46(1)(a) et 46(1)(b) du *Children (Scotland) Act 1995*, notamment lorsqu'il apparaît que la présence de cette personne risquerait de placer l'enfant dans une situation de détresse importante (*is likely to cause significant distress to the child*) ou bien qu'elle risquerait d'entraver l'expression des sentiments de l'enfant au cours des débats.

droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat (*legal representative*) au cours des débats <sup>1</sup>. De même, il sera débattu au cours du *Business Meeting* de la désignation éventuelle d'un avocat (*legal representative*) à l'enfant ainsi que de l'opportunité de relever l'enfant de son obligation d'assister au *Children's Hearing* <sup>2</sup>.

**812.** En effet, la présence de l'enfant au *Children's Hearing* est à la fois un droit de l'enfant et une obligation pour lui <sup>3</sup>. Pour les professeurs Wilkinson et McK Norrie il faut également comprendre ce droit comme une « *obligation posée à quiconque de ne pas entraver la présence de l'enfant* » <sup>4</sup>. Ainsi, l'enfant ne dispose pas du choix d'être présent ou non lors des débats. L'obligation de présence de l'enfant à l'audience se justifie d'autant plus que victime ou délinquant, il sera uniquement question de lui au cours des débats, de sa situation personnelle et de son futur.

**813.** Toutefois s'il apparaît que sa présence serait préjudiciable à la protection de son intérêt, le *Children's Hearing* peut relever l'enfant de cette obligation si cela n'a pas été déjà décidé au cours du *Business Meeting* <sup>5</sup>. Une fois relevé de cette obligation, le choix devient possible à l'enfant, et il appartiendra au *Reporter Principal* de l'informer de son droit à être présent lors des débats si tel est son souhait <sup>6</sup>.

**814.** L'information de l'enfant et la place de celui-ci dans la procédure sont garanties notamment par la notification directe à l'enfant de la tenue du *Children's Hearing* et de son droit-obligation d'être présent au cours des débats <sup>7</sup>. Par cette notification, l'enfant est également informé de son droit de faire connaître son opinion au *Children's Hearing* avant que celui-ci ne se réunisse <sup>8</sup>. À ce titre, il est également informé par l'acte de notification que si tel est son souhait il lui sera donné l'occasion de s'exprimer et que son opinion sera transmise aux différents

---

<sup>1</sup> Règle 11(1) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

<sup>2</sup> Règle 4(2)(b) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

<sup>3</sup> Section 45(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> « *That right (...) is one that impose an obligation on everyone else to allow the child to be present* », A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 19.44, p. 584.

<sup>5</sup> Section 45(2) du *Children (Scotland) Act 1995*. Cette section prévoit également que l'enfant peut être relevé de son obligation d'assister au *Children's Hearing* dès lors que celui-ci aura à statuer relativement à une infraction visée par le schedule 1 du *Criminal Procedure (Scotland) Act 1975*. Ainsi dans un but de protection de l'enfant, le *Children's Hearing* pourra décider de relever celui-ci de son obligation d'assister aux débats lorsqu'il aura été victime d'infractions pénales commises à son encontre, et notamment d'inceste ou d'atteintes à son intégrité physique (*bodily injury*).

<sup>6</sup> Règle 6(3) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

<sup>7</sup> Règle 6(1) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261. Cette notification à l'enfant doit intervenir au minimum sept jours avant la tenue du *Children's Hearing*.

<sup>8</sup> Règle 6(4)(a) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

membres du *Children's Hearing*, ainsi qu'à son *safeguarder* et aux titulaires des droits et devoirs parentaux (*relevant persons*) par l'intermédiaire du *Reporter Principal* <sup>1</sup>.

**815.** Si l'enfant choisit de ne pas assister aux débats, le président du *Children's Hearing* (*chairman*) devra dans tous les cas lui expliquer les motifs de la convocation du *Children's Hearing* (*grounds of referral*) <sup>2</sup>, notamment afin que l'enfant soit en mesure d'accepter cette saisine <sup>3</sup>. En effet, le *Children's Hearing* n'est pas une juridiction de jugement, et le droit écossais distingue la juridiction compétente, pour prendre des mesures impératives à l'égard d'un enfant, de la juridiction compétente, « *pour décider sur quels fondements juridiques ces mesures pourront valablement être prises* » <sup>4</sup>. Ainsi, si l'enfant ou les *relevant persons* n'acceptent pas les motifs de la saisine du *Children's Hearing* <sup>5</sup> ou bien s'il apparaît au *Children's Hearing* que l'enfant n'est pas doué du discernement suffisant pour comprendre ceux-ci <sup>6</sup>, l'affaire devra être renvoyée devant un *sheriff*, afin que celui-ci établisse les responsabilités de chacun dans l'affaire et tranche la question d'une culpabilité éventuelle. L'enfant et les *relevant persons* sont alors renvoyés devant les juridictions de droit commun lorsqu'une contestation existe sur les faits à l'origine du danger.

**816.** La mission du *Children's Hearing* vise uniquement à la protection de l'intérêt de l'enfant (*welfare*). En effet, les principes généraux posés par le *Children (Scotland) Act 1995* <sup>7</sup>, qui font du bien-être de l'enfant (*welfare*) la considération supérieure et qui posent en principe la participation de l'enfant à la procédure en

---

<sup>1</sup> Règle 6(4)(b) et 6(4)(c) *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

<sup>2</sup> Section 65(4) du *Children (Scotland) Act 1995*. voir également A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 19.45, p. 584. Généralement, si l'enfant est âgé de plus de douze ans, il lui sera transmis, avec les éléments de son dossier, un formulaire intitulé « *Having Your Say* », qu'il lui appartiendra de remplir afin de transmettre ses avis et opinions directement au *Children's Hearing*, voir le paragraphe 13 du *Best practice for panel members*, disponible en ligne sur le site [www.childrenshearingscotland.gov.uk](http://www.childrenshearingscotland.gov.uk). Il peut toutefois au lieu de remplir le formulaire choisir de faire parvenir ces éléments au *Children's Hearing* par le biais d'un enregistrement audio ou vidéo. Para. 16 du *Best practice for panel members*, disponible en ligne sur le site [www.childrenshearingscotland.gov.uk](http://www.childrenshearingscotland.gov.uk).

<sup>3</sup> Voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 19.55, p. 589.

<sup>4</sup> A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 19.63, p. 592, renvoyant à l'affaire *Sloan v. B* 1991, S.L.T 530. Voir également para. 72 du *Report of the committee on children and young persons*, Cmnd 2306, 1964. Disponible en ligne sur le site [www.childrenshearingscotland.gov.uk/](http://www.childrenshearingscotland.gov.uk/)

<sup>5</sup> Section 65(7) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>6</sup> Section 65(9) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>7</sup> Section 7 du *Children (Scotland) Act 1995*.

fonction de son âge et de son degré de maturité, s'appliquent aux procédures de *Children's Hearing*. L'implication de l'enfant dans le processus décisionnel est par ailleurs garantie par son droit-obligation d'être présent à l'audience et de participer aux débats qui s'y dérouleront.

**817.** Le guide de bonne pratique à l'attention des membres des *children's panel*<sup>1</sup> recommande à ce titre que l'enfant dès lors qu'il est âgé de plus de douze ans se voit directement notifier, par le *Reporter Principal*, les différents rapports remis au *Children's Hearing* pour l'aider dans sa prise de décision<sup>2</sup>. Les enfants entre huit et douze ans pourront y avoir accès si tel est leur désir<sup>3</sup>. Afin d'éviter que l'enfant ne soit confronté par l'intermédiaire de ces rapports à des éléments qui pourraient se révéler traumatisants, les travailleurs sociaux et autres rapporteurs disposent de la faculté de faire figurer dans un document distinct de leur rapport, les éléments qu'ils jugent inopportuns de transmettre à l'enfant<sup>4</sup>.

**818.** Le *Children's Hearing* est un lieu où l'expression de l'enfant ne doit pas être entravée. La procédure est en effet très informelle, et se rapproche davantage de la tenue d'une réunion que d'une véritable instance judiciaire. Le rapport Kilbrandon avait fait des recommandations en ce sens, et préconisait notamment que les endroits choisis pour la réunion des *Children's Hearings* soient des lieux « *simples* » et dans tous les cas « *indépendants des tribunaux et des commissariats* »<sup>5</sup>.

**819.** Les débats ont lieu autour d'une table et l'enfant sera également placé autour de celle-ci<sup>6</sup>. La question principale qui sera tranchée au cours du *Children's Hearing* est relative aux mesures que la protection de l'intérêt de l'enfant impose de prendre en réponse aux faits ayant justifié la saisine du *Children's Hearing*. Dès le

---

<sup>1</sup> *Best practice for panel members*, disponible en ligne sur le site : [www.childrenshearingsscotland.gov.uk](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk)

<sup>2</sup> « *In general children over the age of twelve automatically receive the same reports as panel members and relevant persons* », para. 13 du *Best practice for panel members*, disponible en ligne sur le site : [www.childrenshearingsscotland.gov.uk](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk). Il est à noter que cette notification directe à l'enfant des différents éléments du dossier contribue à le placer sur un pied d'égalité, quant à son statut procédural, avec les autres parties à la procédure que sont les titulaires des droits et devoirs parentaux à sont égard (*relevant persons*).

<sup>3</sup> « *Children between eight and twelve may receive the reports, if they wish to see them* », para. 13 du *Best practice for panel members*, disponible en ligne sur le site : [www.childrenshearingsscotland.gov.uk](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk).

<sup>4</sup> Para. 13 du *Best practice for panel members*, disponible en ligne sur le site [www.childrenshearingsscotland.gov.uk](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk).

<sup>5</sup> « *What is essentially required for the juvenile panels (...) is relatively simple accommodation (...) in premises quite apart and dissociated entirely from the Criminal courts and police stations* », para. 226 du *Report of the committee on children and young persons*, Cmnd 2306, 1964. Disponible en ligne sur le site [www.childrenshearingsscotland.gov.uk/](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk/)

<sup>6</sup> Voir le site [www.childrenshearingsscotland.gov.uk/](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk/). Des schémas explicatifs présentent ainsi la tenue d'un *Children's Hearing*.

commencement de la procédure, un *safeguarder* pourra être désigné par le *Children's Hearing* afin de représenter l'intérêt de l'enfant dans la procédure, si cela lui apparaît nécessaire à la protection de cet intérêt <sup>1</sup>. Le *safeguarder* dispose du droit d'être présent au cours des débats <sup>2</sup>.

**820.** Outre l'octroi d'une représentation spécifique à l'intérêt de l'enfant, la participation active de l'enfant à la procédure est désormais garantie par la possibilité qui lui est offerte de demander à être assisté d'un avocat (*legal representative*)<sup>3</sup>. En effet, depuis 2002, dès le commencement de l'instance, il appartiendra au *Business Meeting* de statuer sur l'opportunité d'une telle désignation <sup>4</sup>. Cette désignation sera opportune « *lorsqu'elle permet à l'enfant de participer activement aux débats* » <sup>5</sup>. Cette désignation est également opportune lorsqu'il apparaît nécessaire de considérer au cours des débats l'éventualité d'un placement de l'enfant dans un centre éducatif fermé <sup>6</sup>.

**821.** Ce placement sera envisagé lorsqu'il existe un risque que l'enfant récidive dans une fugue et que celle-ci ne mette en danger son bien-être physique, moral et psychologique <sup>7</sup> ; ou bien lorsqu'à défaut pour lui d'être enfermé, il existe un risque que l'enfant porte atteinte à son intégrité physique ou à celle d'autres personnes <sup>8</sup>. Si la désignation d'un avocat (*legal representative*) à l'enfant n'a pas été décidée au cours du *Business Meeting*, le *Children's Hearing* dispose du pouvoir de l'ordonner à tout moment au cours de procédure <sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Section 41(1) du *Children (Scotland) Act 1995*. Traditionnellement celui-ci est désigné lorsque l'intérêt de l'enfant est en opposition avec celui des *relevant persons*. Sur la désignation d'un *safeguarder* et sur l'étendue de sa mission dans la procédure voir *supra*.

<sup>2</sup> Règle 14(3) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

<sup>3</sup> Le *legal representative* est une personne qui a reçu de la *Law Society of Scotland* un certificat de pratique (*practising certificate*). Règle 5(1) du *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002*, SI 2002 No 63. Ce certificat est délivré aux personnes ayant satisfait aux exigences pour exercer la fonction d'avocat (*solicitor*), en vertu des dispositions du *Solicitor (Scotland) Act 1980*.

<sup>4</sup> Règle 3(1) du *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002*, SI 2002 No 63.

<sup>5</sup> « *Legal representation is required to allow the child to effectively participate at the Hearing* » Règle 3(1)(a) du *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002*, SI 2002 No 63.

<sup>6</sup> Règle 3(1)(b) du *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002*, SI 2002 No 63 en connexion avec les sections 70(10) et 93(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>7</sup> « *The child having previously absconded, is likely to abscond unless kept in secure accommodation and if he absconds, it is likely that his physical, mental or moral welfare will be at risk* » section 70(10)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>8</sup> « *The child is likely to injure himself or some other person unless he is kept in such accommodation* » section 70(10)(b) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>9</sup> Règle 3(2) du *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002*, SI 2002 No 63.

**822.** L'avocat de l'enfant aura accès à l'ensemble des documents du dossier <sup>1</sup>. Celui-ci est un avocat spécialisé dans la représentation et l'assistance d'enfants dans la mesure où il appartient obligatoirement soit au registre (*panel*) des *safeguarders* <sup>2</sup>, qui sont spécialement chargés de représenter l'intérêt de l'enfant dans la procédure de *Children's Hearing*, soit au registre des *curators ad litem* et *reporting officers* <sup>3</sup>, qui sont spécialement chargés de représenter l'intérêt de l'enfant dans les procédures civiles <sup>4</sup>.

**823.** Compte tenu de cette appartenance, les frais afférents à l'exercice de sa mission seront pris en charge par la collectivité territoriale. Il sera chargé d'assister l'enfant au cours des débats devant le *Children's Hearing*, et notamment de faciliter sa participation active aux débats <sup>5</sup>. Le rôle de l'avocat de l'enfant semble indispensable dans la mesure où les enfants ne se sentent pas toujours à l'aise pour prendre part oralement à un débat, qu'ils considèrent bien souvent comme un débat entre adultes <sup>6</sup>.

**824.** Le *Children's Hearing* est tenu de vérifier que l'enfant qui le souhaitait a eu la possibilité de s'exprimer notamment lorsque les mesures envisagées sont celles qui auraient les conséquences les plus graves et conduiraient notamment à l'enfermement de l'enfant délinquant <sup>7</sup>. L'enfant de plus de douze ans bénéficie alors d'une présomption de discernement quant à sa capacité à formuler une opinion <sup>8</sup>. Cette dernière peut être transmise au *Children's Hearing* directement par l'enfant en

---

<sup>1</sup> Règle 4(1) du *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002*, SI 2002 No 63.

<sup>2</sup> Règle 5(1)(a) du *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002*, SI 2002 No 63.

<sup>3</sup> Règle 5(1)(b) du *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002*, SI 2002 No 63.

<sup>4</sup> Pour plus de détails sur les fonctions de *safeguarder*, *curator ad litem* et *reporting officer* voir *supra*.

<sup>5</sup> Règle 11(2) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

<sup>6</sup> Voir en ce sens les résultats de l'enquête qui avait été menée auprès d'enfants ayant été confrontés au système du *Children's Hearing*, et qui aspiraient à l'époque à la présence d'un avocat à leurs côtés au cours des débats. R. Gallagher, *Children and young people's voices. The law, Legal Services, System and Processes in Scotland*, Scottish Child law centre, The Stationery Office Limited 1999 pp. 98-99. Enquête réalisée avant l'entrée en vigueur du *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002*, SI 2002 No 63.

<sup>7</sup> Les circonstances dans lesquelles le *Children's Hearing* doit s'assurer de la volonté ou non de l'enfant d'émettre une opinion sont précisées dans la section 15(2) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261. Il s'agit pour le *Children's Hearing* de se prononcer, à l'égard d'un enfant délinquant, sur la délivrance d'un mandat d'arrêt (*warrant*) à son encontre ou sur sa détention dans un centre éducatif fermé. Il s'agit également de se prononcer sur la poursuite d'une ordonnance de protection (*Child protection order*) prise en urgence par le *sheriff* à l'égard de l'enfant victime, ou de conseiller le juge sur les mesures qu'il apparait nécessaires de prendre à l'égard de l'enfant. Enfin, il peut s'agir de se prononcer sur le fait de confier l'enfant aux soins d'un hôpital afin que des examens cliniques puissent être réalisés sur sa personne.

<sup>8</sup> Règle 15(5) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

personne <sup>1</sup>, ou bien par l'intermédiaire d'enregistrements audio ou vidéo <sup>2</sup>. L'enfant peut également préférer faire transmettre son opinion par l'intermédiaire de son avocat (*legal representative*) <sup>3</sup> ou de son *safeguarder* <sup>4</sup>.

**825.** Les mesures qui peuvent être prises à l'égard d'un enfant par un *Children's Hearing*, ne sont pas comprises comme des sanctions, quand bien même celui-ci aurait commis une infraction. C'est l'essence même de la philosophie du rapport Kilbrandon. Le *Children's Hearing* ordonnera la mesure qui lui semble la plus appropriée à la protection de l'intérêt de l'enfant (*welfare*). Ainsi, le *Children's Hearing* ordonnera la mise en œuvre d'une mesure de surveillance à l'égard de l'enfant (*supervision requirement*) <sup>5</sup>. Les formes que peut prendre cette mesure de surveillance sont variables et peuvent aller du suivi de l'enfant à son domicile par un travailleur social, jusqu'au placement de l'enfant dans un centre éducatif fermé <sup>6</sup>.

**826.** Le *Children's Hearing* dispose ainsi du pouvoir de remettre en cause l'ensemble des droits des parents qui seraient incompatibles avec la mise en œuvre d'une mesure de surveillance à l'égard de l'enfant <sup>7</sup>. À ce titre, sont principalement visés les droits parentaux relatifs à la fixation de la résidence de l'enfant <sup>8</sup> ainsi que leurs droits d'entretenir des relations avec l'enfant <sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Règle 15(4)(a) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

<sup>2</sup> Règle 15(4)(b) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

<sup>3</sup> Règle 15(4)(a) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261. Voir également para. 16 du *Best practice for panel members*, disponible en ligne sur le site [www.childrenshearingsscotland.gov.uk](http://www.childrenshearingsscotland.gov.uk).

<sup>4</sup> Règle 15(4)(c) du *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996*, SI 1996 No 3261.

<sup>5</sup> Section 70(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>6</sup> Pour une vision générale de l'ensemble des mesures pouvant être prises par le *Children's Hearing* voir la section 70 du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>7</sup> Section 3(4) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>8</sup> Droit posé par la section 2(1)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*. Ainsi, par exemple l'enfant peut être placé dans une famille d'accueil ou un foyer, ou bien encore dans un centre hospitalier. Pour plus de détails sur les mesures pouvant être prises par le *Children's Hearing* voir E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 9.89 et s., pp. 417 et s. Voir également A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 19.87 et s., pp. 629 et s.

<sup>9</sup> Droit posé par la section 2(1)(c) du *Children (Scotland) Act 1995*. Il est en effet possible au *Children's Hearing* de réguler la fréquence de l'exercice d'un droit de visite avec l'enfant, voire dans les cas plus graves d'ordonner que l'endroit où sera placé l'enfant ne soit pas révélé aux titulaires des droits et devoirs parentaux à son égard. Pour plus de détails sur les mesures pouvant être prises par le *Children's Hearing* voir E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 9.89 et s., pp. 417 et s. Voir également A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999 para. 19.87 et s., pp. 629 et s.

**827.** La mesure de surveillance de l'enfant ainsi ordonnée « *ne doit pas durer plus qu'il n'est nécessaire à la promotion ou à la protection du bien-être de l'enfant* »<sup>1</sup>. Elle prendra fin dans tous les cas à la majorité de l'enfant<sup>2</sup>. La mesure de surveillance ainsi ordonnée doit être réexaminée tous les ans au minimum, à défaut de quoi elle deviendra caduque<sup>3</sup>. L'enfant en sa qualité de partie dispose, au même titre que les *relevant persons*, de la possibilité de faire appel de la décision du *Children's Hearing*<sup>4</sup>. L'appel sera interjeté devant un *sheriff*<sup>5</sup>.

**828.** Lorsque la situation de danger pour l'enfant requiert la mise en œuvre de mesures d'urgence à son égard, le *sheriff* est compétent pour les prononcer<sup>6</sup>. Il peut ordonner le placement sous protection de l'enfant (*Child Protection Order*) ou son placement sous protection temporaire (*interim protection order*), à la demande de toute personne, y compris de l'enfant lui-même<sup>7</sup>. Son intervention est fondée sur l'existence d'un danger immédiat pour l'enfant<sup>8</sup>. Il dispose alors des mêmes pouvoirs qu'un *Children's Hearing* pour remettre en cause l'exercice des droits et devoirs parentaux qui s'avéreraient incompatibles avec la mise en œuvre de la mesure de protection<sup>9</sup>.

**829.** Cette ordonnance judiciaire de placement sous protection doit être réexaminée par un *Children's Hearing* dans les deux jours ouvrables suivant sa mise en application<sup>10</sup>. La contestation de cette ordonnance sera possible pendant

---

<sup>1</sup> « *No child shall continue to be subject to a supervision requirement for any longer than is necessary in the interests of promoting or safeguarding his welfare* », section 73(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> Section 73(3) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>3</sup> Section 73(2) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> Section 51(1) du *Children (Scotland) Act 1995*. Il semblerait toutefois que l'appel des décisions d'un *Children's Hearing* soit relativement rare. Voir sur ce point E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, p 422, n266. L'auteur renvoie aux statistiques de l'année 1996/1997 qui font état de 145 appels pour 7452 décisions rendues par des *Children's Hearings*, soit moins de 2 % des affaires.

<sup>5</sup> Section 51(1)(b) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>6</sup> Section 57(1) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>7</sup> La section 57(1) du *Children (Scotland) Act 1995* dispose que le *sheriff* peut être saisi par toute personne, « *any person* », ce qui englobe incontestablement l'enfant lui-même. Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 20.28, p. 629.

<sup>8</sup> Section 57(1)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>9</sup> Sections 58(1) et 58(2) du *Children (Scotland) Act 1995*. Il dispose notamment de la possibilité de remettre en cause le droit parental de déterminer la résidence de l'enfant, ainsi que celui de maintenir des contacts avec ce dernier.

<sup>10</sup> Sections 59(2) et 59(3) du *Children (Scotland) Act 1995*.

cet intervalle <sup>1</sup>, notamment par l'enfant lui-même <sup>2</sup>. En toute circonstance à l'issue de cette période, il appartiendra au *Children's Hearing* de prendre le relais afin de statuer sur le maintien des dispositions prises par le *sheriff*, afin de mettre l'enfant hors de danger et de déterminer les modalités futures de leur mise en œuvre <sup>3</sup>.

**830.** La nature tout à fait particulière du *Children's Hearing* écossais, ainsi que le caractère très informel de cette procédure, autorisent une participation active et effective de l'enfant à la prise de décision, ainsi qu'à la mise en œuvre de sa protection. Toutes les garanties procédurales sont offertes désormais à l'enfant, afin de lui permettre de participer activement et de manière autonome à la procédure. Dans la procédure d'assistance éducative en droit français, des objectifs identiques tendent à être atteints.

## §2. L'enfant partie dans la procédure d'assistance éducative

**831.** Le **droit français** de l'assistance éducative offre à l'enfant en danger une capacité procédurale propre et autonome. À la différence du droit écossais <sup>4</sup>, la notion de danger en droit français ne recouvre pas la situation du mineur délinquant, ce dernier bénéficie d'un statut procédural spécial. En effet, en vertu du principe de la responsabilité personnelle <sup>5</sup>, applicable aux délits et aux peines, l'enfant délinquant se voit attribuer une capacité procédurale pleine et entière, qui lui permet de réaliser l'ensemble des actes de procédures qui sont attachés à la qualité de partie <sup>6</sup>. Le mineur délinquant est renvoyé devant des juridictions pénales

---

<sup>1</sup> Section 60(8) du *Children (Scotland) Act 1995*. Il ne s'agira cependant pas d'un véritable appel dans la mesure où le *sheriff*, une juridiction de même degré que celle qui a rendu l'ordonnance, sera compétent pour connaître de cette contestation. Section 60(7) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>2</sup> Section 60(7)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>3</sup> Sections 59(2) et 59(4) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> Voir *supra* n° 798.

<sup>5</sup> Art. 121-1 du Code pénal

<sup>6</sup> Ainsi il est reconnu à l'enfant « la capacité nécessaire pour choisir un avocat, lui donner mandat pour le représenter, intenter une voie de recours, tout un ensemble d'actes que son incapacité l'empêche d'effectuer de manière habituelle », A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 496, p. 272. Pour plus de détails sur cette capacité particulière voir les dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945, notamment les articles, 4-1 et 10 al. 1<sup>er</sup> qui prévoient la désignation d'office d'un avocat à l'enfant, faute pour ce dernier d'en avoir choisi un. Voir son article 5 qui prévoit la notification directe au mineur de ses convocations par le juge des enfants au cours de l'instruction ou bien en vue de sa mise en examen.

spécialisées <sup>1</sup>, qui disposent de la compétence de prononcer à son égard des peines ou bien des mesures d'assistance éducative <sup>2</sup>.

**832.** Ainsi, en droit français, le statut procédural de l'enfant délinquant mis à part, la capacité procédurale du mineur ne sera pleine et entière que lorsque celui-ci se trouvera dans une situation de danger. Il devient alors en conséquence acteur de sa propre protection. Comme la procédure de *Children's Hearing* en droit écossais <sup>3</sup>, la procédure d'assistance éducative en droit français est « *inclassable* » <sup>4</sup>, tant par sa nature que par les spécificités de son mode de fonctionnement. En effet, l'assistance éducative ne vise pas pour le juge des enfants à trancher une question de droit mais tend à lui faire gérer une situation de fait, aussi ne rentre-t-elle de manière pleinement satisfaisante ni dans la catégorie des procédures contentieuses, ni dans celle des procédures gracieuses <sup>5</sup>.

**833.** Comme en droit écossais, la situation particulière dans laquelle se trouve l'enfant justifie un traitement juridique spécial. L'enfant en danger ne saurait souffrir de l'application stricte à son égard du principe général d'incapacité. En effet, le mécanisme de représentation légale qui permet habituellement de pallier cette incapacité ne peut plus fonctionner de manière satisfaisante à son égard. Les représentants légaux de l'enfant, quand ils ne sont pas les auteurs de actes de maltraitance, peuvent se trouver impliqués dans des liens avec ces derniers qui les empêchent d'exercer pleinement et sereinement les droits de leur enfant.

**834.** Aussi le seul moyen de pallier les défaillances du régime de représentation légale était de donner à l'enfant en danger les moyens juridiques d'exercer les droits qui sont les siens. Par conséquent, dès lors que « *la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises* » <sup>6</sup> le droit français relève ce dernier de son incapacité et l'autorise à saisir directement le juge des enfants d'une demande visant à ce que soient prises à son égard des mesures d'assistance éducative.

**835.** Le statut procédural ainsi conféré à l'enfant est sujet à interrogations. En effet, si l'enfant en danger est bien acteur de sa protection, est-il pour autant

---

<sup>1</sup> Juge des enfants, Tribunal pour enfants, Cour d'assise des mineurs. Pour un aperçu général du statut procédural de l'enfant délinquant en France voir les dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945.

<sup>2</sup> Article 2 al. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 2 février 1945.

<sup>3</sup> Sur la procédure écossaise du *Children's Hearings* voir *supra* n° 798 et s.

<sup>4</sup> A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 429, p. 236.

<sup>5</sup> Sur ce débat voir A. Gouttenoire, *op.cit.*, n° 428 et s., p. 235 et s.

<sup>6</sup> Art. 375 du Code civil.

acteur dans la procédure d'assistance éducative ? Le fait que l'enfant dispose sans conteste de la qualité pour agir et de l'intérêt à agir dans la procédure d'assistance éducative en font bien une partie à la procédure au sens de l'article 31 du NCPC <sup>1</sup>. Néanmoins, l'enfant bénéficie d'un statut procédural particulier dans la mesure où « *les principes directeurs du procès ne s'appliquent pas de manière stricte dans la procédure d'assistance éducative* » <sup>2</sup>.

**836.** Ainsi, la saisine du juge des enfants par l'enfant n'est soumise à aucun formalisme, l'enfant n'a notamment pas à déposer de conclusions <sup>3</sup>. De même, il ne sera pas soumis à la charge de la preuve et il n'aura pas à démontrer l'état de danger dans lequel il se trouve <sup>4</sup>. En conséquence, le juge des enfants dispose du pouvoir d'ordonner toutes les mesures d'informations qui seront nécessaires à son appréciation de l'état de danger <sup>5</sup>. L'enfant bénéficie du statut de partie à la procédure d'assistance éducative dès l'introduction de l'instance. Aussi est-ce surprenant que le législateur n'ait pas organisé son information, au même titre que les autres parties, de l'ouverture d'un dossier d'assistance éducative à son égard <sup>6</sup>.

**837.** L'article 1182 du NCPC oblige néanmoins, dès l'ouverture de la procédure, à ce que l'enfant soit informé par le juge des enfants de son droit de prendre un avocat <sup>7</sup>. En toute logique, l'exercice effectif de ses droits par le mineur sera lié à sa capacité naturelle à les mettre en œuvre, à l'existence de son discernement. En effet, le nouveau droit de l'assistance éducative <sup>8</sup> a posé, à

---

<sup>1</sup> Voir N. Descamps, *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse Lille II 1996 p. 311. Voir également en ce sens C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ Paris 1984, p. 338. *Contra* voir notamment P. Robert, « L'assistance éducative à travers la jurisprudence (second tableau de jurisprudence) », *J.C.P.* 1970 n° 2312 ; P. Buratti, *La parole de l'enfant en justice*, thèse Lyon 3 1993, p. 222.

<sup>2</sup> Voir N. Descamps, *op. cit.*, p. 314.

<sup>3</sup> Voir N. Descamps, *op. cit.*, p. 312 note 1190.

<sup>4</sup> Sur ce point voir A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 424, p. 232

<sup>5</sup> Art. 1183 du NCPC. Voir également Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1968, *JCP* 1969, II, 16090 note Ph. Robert, aff. Faramus. La Cour de cassation retient notamment dans cette affaire « *qu'il est loisible au juge des enfants de recourir à tous les modes d'investigation qu'il estime expédients pour découvrir si la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation d'un enfant sont compromises* ».

<sup>6</sup> Voir sur point M. Huyette, « La nouvelle procédure d'assistance éducative », *D.* 2002, chron., p. 1434. Article également disponible en ligne sur le site [www.huyette.com](http://www.huyette.com), partie législation réglementation. Cf *supra* et la position du droit écossais qui organise la notification de l'ouverture d'une procédure de *Children's Hearing* à l'enfant.

<sup>7</sup> Art. 1182 du NCPC.

<sup>8</sup> Mis en œuvre par le décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le nouveau Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative.

différentes reprises, l'existence de cette capacité chez l'enfant comme préalable à sa participation effective dans la procédure.

**838.** Ainsi, dans la phase d'instruction du dossier, l'audition de l'enfant par le juge ne revêtira son caractère impératif que si le mineur est capable de discernement <sup>1</sup>. À défaut d'une telle capacité, son audition n'est que facultative et dépend de l'exercice par le juge de la possibilité qui lui est offerte d'entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile <sup>2</sup>. De même, la possibilité pour le mineur partie de choisir un avocat <sup>3</sup>, tout comme son accès assisté au dossier d'assistance éducative <sup>4</sup> sont soumis à l'exigence de sa capacité de discernement.

**839.** En posant cette exigence, le droit de l'assistance éducative ne fait qu'entériner la pratique antérieure sans toutefois régler la question de la mise en œuvre de ses droits procéduraux par le mineur non doué de discernement. En effet, avant l'entrée en vigueur de cette réforme, le juge disposait déjà d'une certaine marge d'appréciation notamment quand il était question pour lui d'entendre l'enfant. Son audition, qui revêtait comme aujourd'hui un caractère obligatoire, pouvait néanmoins être écartée en raison de « l'âge » de l'enfant ou bien de son « état » <sup>5</sup>.

**840.** La marge d'appréciation ouverte au juge aujourd'hui par la notion subjective de discernement recoupe nettement les critères objectifs de l'âge et de l'état, notamment de santé, de l'enfant. En effet, l'enfant en bas âge ne pourra pas être considéré comme discernant, pas plus que l'enfant dont l'audition « *serait de nature à compromettre sa santé ou son état mental* » <sup>6</sup>. Le cas de l'enfant dont l'état de santé physique ne lui permet pas de se rendre à une convocation du juge doit être mis à part, dans la mesure où celui-ci n'altère pas sa faculté de discernement ; il

---

<sup>1</sup> Art. 1182 et 1184 du NCPC. Voir également sur ce point F. Monéger, « Du rapport Dechamps au décret du 15 mars 2002 », Dossier « Assistance éducative : la réforme de la procédure », *AJ fam.* juin 2002, p. 203. L'auteur renvoie notamment aux dispositions de la circulaire d'application du ministre de la Justice du 26 avril 2002 diffusée par la Protection judiciaire de la jeunesse qui relève que « *l'audition du mineur capable de discernement devient une obligation pour le juge en assistance éducative, libre par ailleurs d'entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile et notamment de recevoir et d'entendre tout mineur quel que soit son âge et son discernement* ».

<sup>2</sup> Art. 1182 du NCPC.

<sup>3</sup> Art. 1186 du NCPC.

<sup>4</sup> Art. 1187 du NCPC. L'accès du mineur discernant à son dossier d'assistance éducative n'est pas libre. Sa consultation par l'enfant doit impérativement se faire en présence de son père, de sa mère ou de son avocat. Si les parents refusent d'accompagner l'enfant ou bien à défaut pour celui-ci de disposer d'un avocat, le bâtonnier, sur demande du juge, en désignera un, spécialement chargé d'accompagner l'enfant dans cette consultation.

<sup>5</sup> Le juge « *entend le mineur à moins que l'âge ou l'état de celui-ci ne le permette pas* », art. 1183 ancien du NCPC.

<sup>6</sup> Voir notamment Cass. civ. 1<sup>re</sup> 20 février 1985 *Gaz. Pal.* 1985, 2, 756.

appartiendra alors au juge de se donner les moyens de l'entendre, au même titre que toute autre partie, dans la phase d'instruction du dossier d'assistance éducative. La pratique des juges des enfants semble aujourd'hui bien établie et le caractère obligatoire de l'audition de l'enfant dans la procédure d'assistance éducative met par avance fin à toute dérive qui tendrait à retenir « *une interprétation restrictive de cette notion de discernement* », à l'instar des pratiques instaurées par certains juges aux affaires familiales « *qui refusent pour ce motif d'entendre l'enfant* »<sup>1</sup>.

**841.** Si l'application du critère du discernement ne semble pas devoir poser de difficulté quant à l'audition de l'enfant, il en va différemment lorsqu'il est question pour le mineur d'exercer les droits qui sont les siens, et plus particulièrement celui de choisir un avocat ou d'exercer une voie de recours. En effet, ces droits sont inhérents à la qualité de partie qui est celle qui est reconnue à l'enfant dès l'introduction de l'instance. Or l'absence de discernement empêche matériellement l'enfant d'exercer ses droits.

**842.** Le véritable enjeu aujourd'hui dans la procédure d'assistance éducative est de donner à ces enfants, auxquels la faculté de discernement fait défaut, les moyens d'exercer les droits procéduraux qui sont les leurs. Sur ce point, la réforme de l'assistance éducative, qui s'est concentrée sur la mise en conformité de cette procédure avec le respect du principe du contradictoire<sup>2</sup>, est totalement silencieuse et n'ouvre aucune perspective nouvelle. L'exigence d'une capacité de discernement chez l'enfant afin qu'il puisse faire le choix d'un avocat, introduite par le décret du 15 mars 2002<sup>3</sup>, si elle semble de prime abord restreindre les droits de l'enfant dans la procédure ne fait qu'entériner la pratique et l'impossibilité matérielle pour un mineur non doué de discernement de procéder à cette désignation.

**843.** Si l'assistance éducative n'appartient pas à la catégorie des procédures pour lesquelles la représentation par un avocat est obligatoire, il nous faut néanmoins garder à l'esprit le statut particulier de l'enfant dans cette procédure. En effet, ses intérêts y sont bien souvent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, ces derniers n'étant par conséquent pas compétents pour assurer une représentation efficace de l'enfant. L'enfant, *a fortiori* s'il n'est pas doué de

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point F. Monéger, « Du rapport Dechamps au décret du 15 mars 2002 », Dossier « Assistance éducative : la réforme de la procédure », *AJ fam.* juin 2002, p. 203.

<sup>2</sup> Voir notamment F. Monéger, art. préc., p. 205.

<sup>3</sup> Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le nouveau Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative.

discernement et de la capacité de déterminer son propre intérêt, ne doit pas être une partie laissée pour compte. Aussi, la représentation de l'intérêt de l'enfant non discernant semble s'imposer dans la procédure d'assistance éducative, afin de respecter les droits qui lui sont reconnus dans cette procédure.

**844.** La représentation légale de l'enfant dans la procédure d'assistance éducative doit tout d'abord être écartée compte tenu de la nature même de la procédure. En effet, la situation de danger dans laquelle se trouve l'enfant est une conséquence directe de la défaillance des parents à assurer leur mission protectrice à son égard. Aussi, le juge sera amené au cours de la procédure à juger de la manière dont l'autorité parentale est exercée sur l'enfant <sup>1</sup>.

**845.** La représentation de l'enfant non discernant par un administrateur *ad hoc* est la solution qui a été adoptée par la pratique et qui est aujourd'hui plébiscitée par une partie de la doctrine <sup>2</sup>. Cette solution, guidée par la nécessité de permettre à l'intérêt de l'enfant non discernant d'être représenté dans la procédure d'assistance éducative, déroge cependant en bien des points aux principes juridiques qui régissent et la procédure d'assistance éducative et l'institution de l'administrateur *ad hoc*. Toutefois, la fin justifiant parfois les moyens, il est parfaitement compréhensible que cette solution de bon sens se soit imposée dans la pratique judiciaire.

**846.** En effet, dans le cadre de la procédure d'assistance éducative, l'existence d'une opposition d'intérêts entre celui de l'enfant à être protégé et celui de ses parents à continuer à exercer leur autorité parentale sur sa personne, apparaît avec évidence. Cette notion spécifique renvoie immédiatement dans l'esprit du juriste à celle de l'administrateur *ad hoc*, qui est la solution que le droit offre pour la résolution de ce conflit.

**847.** Toutefois, ce raccourci fait bien souvent oublier que la notion juridique d'opposition d'intérêts est propre au mécanisme de représentation et ne trouve pas à s'appliquer en dehors de ce cadre. Il nous faut garder à l'esprit que le mécanisme de représentation ne s'applique à l'enfant que dans le domaine de l'administration

---

<sup>1</sup> Voir notamment C. Ropers et P. Cornil, « L'exercice des voies de recours par un mineur non doué de discernement », *Gaz. Pal.* 1991, 2, p. 752.

<sup>2</sup> Voir notamment C. Ropers et P. Cornil, art. préc., p. 752 ; A. Gouttenoire, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », Dossier « La participation de l'enfant aux procédures », *AJ fam.* novembre 2003, p. 370 ; G. Favre-Lanfray, *La représentation "ad hoc" de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, p. 374.

légale. Ainsi, recourir à l'administrateur *ad hoc* dans les procédures d'assistance éducative c'est le faire intervenir en dehors de son domaine traditionnel de compétence <sup>1</sup>.

**848.** En effet, la procédure d'assistance éducative vise principalement au contrôle par le juge des enfants de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant <sup>2</sup>. De plus, la mission de l'administrateur *ad hoc* auprès de l'enfant est celle d'un représentant substitué, il exerce dans la limite des droits de l'enfant les pouvoirs de son représentant. Or, dans la procédure d'assistance éducative, l'enfant n'est pas une partie représentée. C'est une procédure particulière pour laquelle il bénéficie d'une capacité pleine et entière dans l'exercice de ses droits. Aussi, la mission de l'administrateur *ad hoc* dans cette procédure n'a pas de raison d'être dans la mesure où l'enfant ne se trouve frappé d'aucune incapacité d'exercice, de plus « *elle est un non sens par rapport à ses parents auxquels on substitue un tiers pour exercer un droit qu'ils n'ont pas* » <sup>3</sup>.

**849.** La question se pose alors de savoir si l'administrateur *ad hoc* doit être utilisé comme un palliatif à l'incapacité naturelle de l'enfant d'exercer les droits qui sont les siens. C'est la solution qui semble avoir les faveurs de la pratique. Néanmoins, puisque nous nous trouvons face à un vide juridique que le législateur persiste à ne pas combler <sup>4</sup>, nous pensons que d'autres voies sont envisageables, certes *de lege lata* tout autant dérogoires aux principes que ne l'est le recours à l'administrateur *ad hoc*, mais qui seraient mieux à même de garantir l'exercice des droits de l'enfant non discernant dans le respect de l'autonomie qui lui a été accordée dans cette procédure. En effet, nous pensons que la capacité reconnue à l'enfant en assistance éducative ne doit être remise en cause à aucun prix, et que la

---

<sup>1</sup> En effet, dans le cadre d'une instance civile, le domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc* est, et doit rester, celui de l'administration légale. Voir *supra*. Voir également C. Neirinck, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496 ; C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G*, I, 228, p. 902 ; M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 579 et s., p. 377 et s. *Contra* voir A. Gouttenoire, « L'administrateur *ad hoc* dans le cadre de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *Petites Affiches* 3 mai 1995, p. 87 ; A. Gouttenoire, « L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale », *Dr. fam.* 1998, chron., n° 6 p. 4 ; A. Gouttenoire, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ Famille*, novembre 2003, p. 368 et s.

<sup>2</sup> Voir notamment sur ce point C. Neirinck, *La protection de l'enfant contre ses parents*, LGDJ 1984, p. 14.

<sup>3</sup> C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 901.

<sup>4</sup> Certes la mise en conformité de cette procédure aux droits procéduraux des parents, et notamment au respect du contradictoire, était devenue impérative, toutefois ne pouvons-nous pas regretter que le législateur dans son décret du 15 mars 2002 n'ait pas saisi l'occasion qui lui était offerte de mettre en conformité de cette procédure avec le respect des droits qui y sont reconnus à l'enfant ?

tentation des juges de faire intervenir l'administrateur *ad hoc* pour représenter l'enfant discernant au mépris de ses droits, est déjà trop grande aujourd'hui pour que cette pratique puisse être cautionnée.

**850.** En effet, malgré la condamnation ferme de cette pratique judiciaire par la Cour de cassation <sup>1</sup>, et l'exigence d'une constatation préalable, par les juges du fond, de l'absence de discernement chez l'enfant avant de procéder à la désignation d'un administrateur *ad hoc* dans la procédure d'assistance éducative, l'expérience de Madame Favre-Lanfray nous apprend que « *nombre de désignation d'administrateur ad hoc ont lieu pour des enfants matures, voire des adolescents* » <sup>2</sup>.

**851.** Au vu de ces éléments, dans cette procédure, la représentation de l'enfant non discernant par un avocat nous semble devoir être préférée à l'intervention d'un administrateur *ad hoc*. Ceci ne peut toutefois être mis en œuvre que par une intervention législative qui modifierait le Code de procédure civile afin d'autoriser le juge des enfants à désigner d'office un avocat à l'enfant au cas où celui-ci n'en aurait pas déjà choisi un <sup>3</sup>. Certes, il pourra être opposé à cette représentation directe de l'enfant non discernant par un avocat, que ce dernier ne dispose à ce titre d'aucun pouvoir d'initiative en matière procédurale lui permettant d'engager l'enfant <sup>4</sup>.

**852.** Néanmoins, nous nous permettons de rappeler que, faute pour l'administrateur *ad hoc* de disposer du pouvoir de représenter l'enfant dans la procédure d'assistance éducative, celui-ci ne dispose pas davantage du pouvoir de prendre des décisions procédurales engageant l'enfant, et ceci sans soulever d'émotion particulière. Sans doute est-ce en partie dû au fait que sa désignation apparaît aux yeux de certains « *plus pratique ou plus légal(e) que la désignation d'un avocat d'office par le juge des enfants* » <sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 21 novembre 1995, *Bull. civ.*, I, n° 418 ; D. 1996, jur., 420 note A. Gouttenoire ; *Petites Affiches* 26 juin 1996, p. 24 note J. Massip.

<sup>2</sup> G. Favre-Lanfray, *La représentation "ad hoc" de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, p. 372.

<sup>3</sup> Cette solution semble avoir déjà été préconisée notamment dans un rapport du Conseil d'État relatif à la défense et à l'audition de l'enfant en justice, auquel renvoient Ropers et Cornil. Voir C. Ropers et P. Cornil, « L'exercice des voies de recours par un mineur non doué de discernement », *Gaz. Pal.* 1991, 2, p. 752

<sup>4</sup> En effet l'avocat est un représentant *ad litem* qui ne peut agir que sur instruction de son client. Par opposition le représentant *ad agendum* qu'est l'administrateur *ad hoc* lequel dispose de la faculté d'exercer directement les prérogatives du représenté. Sur cette distinction voir P. Julien et N. Fricéro, « Représentation en Justice », *Jurisclasseur Procédure Civile*, fasc. 106.

<sup>5</sup> Voir la position critique de Mme le professeur Neirinck sur cette « *pratique aberrante* », in C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228, p. 901.

**853.** À choisir entre deux entorses aux principes, la représentation par avocat nous apparaît être la moindre. L'assistance éducative est un domaine où nous pouvons faire confiance aux avocats d'enfants qui ont su protéger, au mieux, les intérêts de leurs jeunes clients dans ces procédures particulières. De plus, en pratique, un certain nombre d'administrateurs *ad hoc* désignés par les juges des enfants exercent la fonction d'avocat, cette mission est en effet bien souvent confiée aux bâtonniers, y compris dans les instances civiles <sup>1</sup>.

**854.** Par ailleurs, si la jurisprudence et la pratique tendent à recourir à l'administrateur *ad hoc*, nous pouvons néanmoins déceler chez le législateur une certaine préférence donnée à la représentation de l'enfant par un avocat dans la procédure d'assistance éducative. En effet, dans le décret du 15 mars 2002 <sup>2</sup>, lorsqu'il est question de donner au mineur discernant accès à son dossier, à défaut pour les parents de celui-ci d'accepter cette mission <sup>3</sup>, c'est bien à l'avocat que le législateur donne la priorité pour accompagner l'enfant dans cette consultation.

**855.** En dépit de la relation de confiance qui a pu s'instaurer entre l'enfant et son éducateur, il apparaît en effet que « *seul un avocat, extérieur et neutre, peut exercer un regard critique sur le contenu du dossier. Et lui seul peut objectivement répondre à toutes les questions juridiques qui peuvent apparaître à l'occasion de la lecture d'un dossier judiciaire* » <sup>4</sup>. Permettre au juge de désigner d'office un avocat à l'enfant dans la procédure d'assistance éducative ne rend en rien systématique cette représentation. En effet, celle-ci n'est pas obligatoire dans le cadre de cette procédure, et ne le devient pas par l'octroi de cette faculté au juge. Le juge des enfants est investi d'une mission générale de protection de la personne de l'enfant victime et de son intérêt. Aussi, s'il apparaît avec évidence que les intérêts de l'enfant non discernant ne sont pas suffisamment protégés dans la procédure, il lui appartiendra alors de lui faire désigner un avocat.

---

<sup>1</sup> Voir notamment Cass. civ. 1<sup>re</sup> 25 octobre 2005, n° de pourvoi 03-14404, et Cass. civ. 1<sup>re</sup> 12 décembre 2000, n° de pourvoi 98-23071 disponibles en ligne sur le site [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>2</sup> Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le nouveau Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative. Il est à noter toutefois que le service éducatif chargé de la mesure peut également être autorisé à accompagner l'enfant dans cette consultation, toutefois aucune mention n'est faite dans cette réforme de la présence d'un administrateur *ad hoc* aux côtés de l'enfant dans cette procédure.

<sup>3</sup> Art. 1187 du NCPC.

<sup>4</sup> M. Huyette, « La nouvelle procédure d'assistance éducative », *D.* 2002, chron., p. 1438. Ce document est également disponible en ligne sur le site internet [www.huyette.com](http://www.huyette.com), partie législation réglementation.

**856.** Ouvrir cette faculté de désignation au juge contribuerait enfin, compte tenu de l'incapacité de cet enfant à faire valoir ses intérêts dans la procédure, à placer ce dernier à égalité avec les autres parties. De même, la mission de l'avocat gagnerait en sérénité si l'opportunité de sa désignation en faveur d'un enfant non discernant appartenait au juge plutôt qu'à ses parents, dans la mesure où elle apparaît dans ce dernier cas, en pratique, bien souvent détournée de sa véritable nature <sup>1</sup>.

**857.** Si la place de l'enfant non discernant dans la procédure d'assistance éducative reste à affermir, celle de l'enfant discernant est aujourd'hui garantie par les dispositions légales et se trouve somme toute ancrée dans les pratiques judiciaires. Son accompagnement dans la consultation de son dossier d'assistance éducative imposé par l'article 1187 du NCPC vient renforcer sa qualité de partie au statut particulier sans que cela ne doive susciter de désapprobation.

**858.** L'enfant est une partie vulnérable dans cette procédure et son accompagnement par un avocat dans une étape sensible de la procédure, qui conditionne en bien des points la position future du mineur en tant que partie, s'avère, à nos yeux, pleinement satisfaisante. Cette consultation peut ainsi être l'occasion d'une première rencontre entre l'enfant et un avocat, et permettra éventuellement à l'avocat de prodiguer à l'enfant les conseils ou les avis dont il est vraisemblablement en attente.

**859.** À la différence du droit écossais qui impose la présence de l'enfant au cours du *Children's Hearing* <sup>2</sup>, l'article 1188 du NCPC laisse l'opportunité au juge des enfants de convoquer ou non l'enfant à l'audience <sup>3</sup>. Cette différence entre les deux systèmes s'explique notamment par le fait qu'en droit français la procédure d'assistance éducative, si elle permet de placer l'enfant sous protection, vise avant tout au contrôle, par le juge, de l'exercice de l'autorité parentale. Aussi, à la différence du *Children's Hearing* écossais, l'enfant et sa protection ne sont pas exclusifs des autres difficultés que la famille peut traverser. La procédure d'assistance éducative se trouve ainsi tout autant orientée vers l'enfant que vers le

---

<sup>1</sup> Lorsque mineur n'a pas de demande propre, sa représentation par un avocat « *est souvent voulue par un tiers – l'un des parents – qui souhaite prendre prétexte d'un pseudo-avis du mineur pour conforter sa thèse* » M. Huyette, « La nouvelle procédure d'assistance éducative », *D.* 2002, chron., p. 1435 note 16. Ce document est également disponible en ligne sur le site internet [www.huyette.com](http://www.huyette.com).

<sup>2</sup> Sur ce point voir *supra* n° 812.

<sup>3</sup> « *Les père, mère, tuteur ou personne ou service à qui l'enfant a été confié et, le cas échéant, le mineur, sont convoqués à l'audience huit jours au moins avant la date de celle-ci* », art. 1188 du NCPC.

soutien aux familles, afin de les aider à sortir d'une situation qui engendre le danger, à l'égard de ses membres les plus faibles. Cette dualité d'objectifs autorise le juge à se dispenser de la présence de l'enfant à l'audience sans que cela ne vienne affaiblir son statut de partie, dès lors qu'il aura eu auparavant la possibilité d'être entendu au cours de la phase d'information du dossier.

**860.** L'exercice direct des voies de recours par le mineur est garanti dans la procédure d'assistance éducative<sup>1</sup>. La Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer le principe de la capacité procédurale autonome du mineur en la matière, sous réserve pour lui de posséder « *un discernement suffisant pour exercer ces prérogatives* »<sup>2</sup>. L'exercice de cette faculté d'appel est aujourd'hui très largement ouvert dans la mesure où l'enfant, qui n'a pas désigné d'avocat pour l'assister dans la procédure, peut l'exercer à compter du jour où il aura eu connaissance de la décision<sup>3</sup>. Le dispositif du jugement ne lui étant notifié de manière obligatoire que s'il est âgé de plus de seize ans<sup>4</sup>, les décisions prises en matière d'assistance éducative apparaissent ainsi rester sujettes à l'appel « *de manière quasi indéfinie* »<sup>5</sup>.

**861.** La pertinence du seuil d'âge de seize ans conservé par la réforme<sup>6</sup> pose aujourd'hui question, dans la mesure où l'ensemble de la capacité procédurale du mineur est désormais conditionné par sa faculté de discernement. Aussi, apparaît-il peu respectueux de l'enfant discernant, qui aura exercé seul ses droits de partie à la procédure et aura par là-même démontré sa maturité, de ne pas se voir seulement informé de la décision prise par le juge.

**862.** La capacité procédurale de l'enfant en danger ne saurait aujourd'hui être remise en cause. Elle doit être protégée et l'exercice de ses droits facilité. L'enfant en danger est une partie à part entière dans la procédure d'assistance éducative, mais une partie vulnérable. Ce statut particulier fait naître à son égard une tendance au paternalisme pour les professionnels qui l'entourent, et le développement du recours à l'administrateur *ad hoc* dans la procédure d'assistance éducative en droit français en est une illustration flagrante. L'enfant en danger doit

---

<sup>1</sup> « *Les décisions du juge peuvent être frappées d'appel (...)*  
- par le mineur lui-même jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la notification et, à défaut, suivant le jour où il a eu connaissance de la décision ». Art. 1191 du CNPC

<sup>2</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 21 novembre 1995, *Bull. civ.*, I, n° 418 ; *D.* 1996, jur., 420 note A. Gouttenoire ; *Petites Affiches* 26 juin 1996, p. 24 note J. Massip.

<sup>3</sup> Art. 1191 du CNPC.

<sup>4</sup> Art. 1190 du CNPC.

<sup>5</sup> J. Massip, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 21 novembre 1995 *Petites Affiches* 26 juin 1996, p. 24.

<sup>6</sup> Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le nouveau Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative.

être protégé et c'est la mission qui a été confiée au juge des enfants. Cette protection et le processus de reconstruction qui doit suivre, ne peuvent s'accomoder d'une annihilation des droits procéduraux qui ont été accordés à l'enfant.

**863.** La capacité procédurale du mineur en danger est celle qui apparaît de la manière la plus évidente dans notre système. Néanmoins, une telle capacité existe bel et bien dans d'autres domaines, soit qu'elle apparaisse liée à la nature de la procédure dans laquelle se trouve impliqué l'enfant, c'est le cas des *private law proceedings* en droit anglais, ou bien qu'elle naisse d'un facteur émancipateur et reste attachée au mineur qui l'exerce.

## Section 2. La capacité procédurale du mineur dans les autres procédures

**864.** Le danger encouru par l'enfant n'est pas le seul facteur autorisant sa participation directe à la procédure. En effet, une certaine autonomie procédurale a été accordée à l'enfant par chacun des systèmes étudiés. Elle se trouve toujours soumise à condition, que cela passe par l'obtention par l'enfant d'une autorisation à agir (§1) ou bien par l'existence de circonstances particulières qui revêtent un caractère émancipateur dans le domaine procédural (§2).

### § 1. La capacité procédurale du mineur soumise à autorisation

**865.** Dans les droits anglais et français, la capacité procédurale du mineur peut dans certaines circonstances être soumise à autorisation. Une distinction existe cependant quant à la nature de l'autorisation à agir. Si elle peut être d'origine parentale à l'égard du mineur salarié en droit français (A), elle est exclusivement judiciaire dans les *private law proceedings* en droit anglais (B).

## A. La capacité procédurale du mineur salarié en droit français

**866.** Dans les droits anglais, écossais et français, le mineur peut dans certaines circonstances travailler avant d'avoir atteint l'âge de la majorité<sup>1</sup>. En **droit français**, l'obligation scolaire prend fin à l'âge de seize ans, le mineur est donc autorisé à entrer de plain pied dans la vie active à compter de cet âge, s'il y est autorisé par son représentant légal<sup>2</sup>. Toutefois, les dispositions relatives à l'apprentissage autorisent désormais, sous certaines conditions, le mineur à exercer une activité salariée dans la cadre de sa formation dès l'âge de quinze ans<sup>3</sup>. En toute logique, le droit lie cette capacité juridique à travailler à une capacité procédurale permettant au mineur de faire valoir en justice ses « *droits découlant de l'apprentissage ou de l'exercice d'une profession* »<sup>4</sup>. La capacité procédurale ainsi donnée au mineur ne s'exerce cependant pas librement. En effet, l'exercice de cette capacité est soumis à l'autorisation donnée par ses représentants légaux à l'enfant<sup>5</sup>, ceux-ci devant l'assister dans le cadre de cette procédure<sup>6</sup>. Cette autorisation parentale conditionne véritablement le droit d'action en justice du mineur. À défaut pour lui d'obtenir une telle autorisation, le mineur pourra néanmoins solliciter une autorisation judiciaire à agir délivrée par le Tribunal d'Instance<sup>7</sup> ou le Conseil des prud'hommes<sup>8</sup>, selon la juridiction compétente.

**867.** Le mineur ainsi autorisé à agir devient partie autonome à la procédure dans la mesure où, à titre d'exception, la représentation légale est exclue. Ainsi le mineur sera tenu de comparaître personnellement à l'instance<sup>9</sup> et bénéficiera de

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur ce point voir *supra* n° 184.

<sup>2</sup> Voir sur ce point notamment P. Y. Verkindt, *affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention internationale sur les droits de l'enfant*, La documentation française 1993, n°75, p. 64.

<sup>3</sup> Art. L. 117-3 du Code du travail.

<sup>4</sup> Art. R. 321-23 du Code de l'organisation judiciaire.

<sup>5</sup> L'article L. 516-1 du Code du travail vise expressément les « *père, mère ou tuteur* » de l'enfant.

<sup>6</sup> Sur ce point voir notamment A. Gouttenoire, « Mineur », *Rép. pr. civ Dalloz* 2003 n° 209, p. 30.

<sup>7</sup> Art. R. 321-23 du Code de l'organisation judiciaire. Il est à noter que la compétence du Tribunal d'Instance pour connaître des conflits relatifs à l'exercice d'une profession, et donc d'une demande d'autorisation à agir fondée sur l'art. R. 321-23 du Code de l'organisation judiciaire, semble aujourd'hui tout à fait marginale en pratique. Voir sur ce point J. Barrère, « Tribunal d'Instance, Autorisation de mineur », *Juriclasseur procédure civile fasc. 332*, n° 3.

<sup>8</sup> Art. L. 516-1 du Code du travail. La compétence du Conseil des prud'hommes lui permettant de délivrer au mineur une autorisation à agir est une « *disposition implicite* ». Voir sur ce point, B. Boubli, « Conseils de prud'hommes. Procédure » *Juriclasseur Travail fasc. 81-40*, n° 19. En effet, l'article L. 516-1 du Code du travail ne vise expressément qu'une autorisation donnée au mineur de plaider seul, sans l'assistance de ses représentants légaux devant la juridiction prud'homale.

<sup>9</sup> Art. R. 516-4 du Code du travail.

l'ensemble des droits liés à l'exercice de sa qualité de partie à la procédure. Il pourra éventuellement bénéficier de l'assistance d'un avocat<sup>1</sup> et de l'aide juridictionnelle. La vulnérabilité du mineur partie à la procédure est néanmoins prise en considération par le droit dans la mesure où il est prévu qu'il doive, dans tous les cas, être assisté dans ses démarches par ses représentants légaux<sup>2</sup>. Ainsi, le droit français substitue le régime de l'assistance au régime de représentation dans le cadre particulier des procédures judiciaires liées à l'exercice par le mineur d'une activité professionnelle<sup>3</sup>. S'il apparaît toutefois que cette assistance ne peut être mise en œuvre au jour de l'audience, notamment s'il s'avère impossible pour les représentants légaux de l'enfant d'être présents, le mineur pourra être autorisé par le Conseil de prud'hommes ou le Tribunal d'instance à plaider seul<sup>4</sup>.

**868.** Le choix de laisser aux représentants légaux le pouvoir d'autoriser une action en justice intentée par leur enfant, nous renvoie à la nécessité, à laquelle ont dû faire face les différents systèmes juridiques, de concilier efficacement l'action et la protection de l'enfant. En effet, les représentants légaux sont les premiers protecteurs de l'intérêt de leur enfant<sup>5</sup> et s'il est logique qu'ils puissent l'assister dans des démarches qu'ils auraient vraisemblablement entreprises en son nom si cela avait été en leur pouvoir<sup>6</sup>, soumettre l'action du mineur à leur autorisation ne nous semble pas juridiquement très cohérent.

**869.** Cela conduit à faire dépendre d'eux l'appréciation de la nécessité d'une action en justice intentée par le mineur, celle-ci ne pouvant relever objectivement

---

<sup>1</sup> Art. R. 516-5 du Code du travail. L'assistance par avocat n'est pas obligatoire ni exclusive de toute autre forme d'assistance. En effet, cet article du Code du travail pose une liste des différentes personnes habilitées à assister le salarié dans la procédure en cours, au titre de laquelle figurent en plus des avocats, « *les salariés et employeurs appartenant à la même branche d'activité, les délégués permanents ou non permanents des organisations syndicales ouvrières ou patronales; le conjoint* ».

<sup>2</sup> Art. L. 516-1 du Code du travail. Cette disposition n'empêche pas le mineur de bénéficier en plus de l'assistance de ses représentants légaux, de l'assistance par l'une des personnes visées par l'art. R. 516-5 du Code du travail.

<sup>3</sup> Voir sur ce point J. Hauser, « incapacité juridique et emploi », *Dr. social* 1991, 558, A. Gouttenoire, « Mineur », *Rép. pr. civ Dalloz* 2003 n° 209, p. 30. B. Boubli, « Conseils de prud'hommes. Procédure » *Jurisclasseur Travail fasc. 81-40*, n° 19 ; N. Descamps, *La place du mineur dans les procédures judiciaires civiles*, thèse Lille II 1996, p. 324.

<sup>4</sup> Art. L. 516-1 du Code du travail. Voir également Y. Buffelan-Lanore, *JurisClasseur Civil, fasc. Unique : Minorité* n° 76. Il est admis en doctrine que « *lorsque le tribunal d'instance exerce exceptionnellement la juridiction prud'homale, il doit instruire et statuer comme en matière prud'homale* », J. Barrère, « Tribunal d'Instance, Autorisation de mineur », *Jurisclasseur procédure civile fasc. 332*, n° 11.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 20.

<sup>6</sup> Cass. Soc. 12 juillet 1939, *DH* 1939 jur., p. 456 ; CA Aix 24 octobre 1961, *Dr. Ouvrier* 1962, p. 117. Il est de jurisprudence constante que le représentant légal de l'enfant n'a pas qualité pour agir au nom de son enfant pour les actions relatives à l'exercice par ce dernier de sa profession. L'action appartient exclusivement à l'enfant. Voir sur ce point Y. Buffelan-Lanore *JurisClasseur Civil, fasc. Unique : Minorité* n° 76.

que de la compétence d'un juge. Toutefois, on ne saurait reprocher au droit français d'avoir recherché l'efficacité procédurale en la matière, d'autant que toute divergence d'opinions quant à cette appréciation entre les parents et l'enfant pourra être résolue par la saisine par ce dernier du tribunal compétent, afin d'obtenir une autorisation judiciaire à agir. Ce conflit devrait par conséquent en toute logique être un motif légitime d'autorisation par la juridiction prud'homale à plaider sans assistance.

**870.** La technique de l'autorisation judiciaire à agir mériterait d'être développée en droit français dans la mesure où elle permet un accès raisonné du mineur à la justice. Cette technique permettrait d'ouvrir une voie intéressante au regard de la capacité procédurale de l'enfant, notamment dans les procédures le concernant, à l'instar de ce qui a été prévu par le droit anglais en la matière.

## B. La capacité procédurale du mineur dans les *private law proceedings* en droit anglais

**871.** Le principe posé par le **droit anglais** est celui de l'incapacité procédurale du mineur. Aussi, celui-ci ne peut agir ou défendre en justice que par l'intermédiaire d'un représentant, *children's guardian* ou *litigation friend* dont la désignation dépendra de la nature de la procédure<sup>1</sup>. Néanmoins, à titre exceptionnel, le droit anglais accorde au mineur la possibilité d'être partie autonome à la procédure.

**872.** Dans les procédures civiles ordinaires, l'enfant peut en effet demander au juge l'autorisation d'agir ou défendre sans *litigation friend*<sup>2</sup>. L'opportunité de cette demande appartient exclusivement à l'enfant<sup>3</sup>. Dans l'hypothèse où l'enfant se serait déjà vu désigner un *litigation friend*, celui-ci se verra notifié la demande d'autorisation ainsi sollicitée<sup>4</sup>. Les dispositions organisant la désignation d'un *litigation friend* ne précisent pas les conditions dans lesquelles il sera fait droit à la

---

<sup>1</sup> Le *children's guardian* est désigné pour représenter l'enfant dans les procédures familiales, le *litigation friend* intervient quant à lui dans les procédures civiles ordinaires. Pour plus de détails sur ces deux fonctions voir *supra*.

<sup>2</sup> « *The court may make an order permitting the child to conduct proceedings without a litigation friend* », Règle 21.2(3) des *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132. Voir également J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 224 et s.

<sup>3</sup> Règle 21.2(4)(a) des *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132.

<sup>4</sup> Règle 21.2(4)(b) des *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132.

demande d'autorisation présentée par l'enfant. Il n'est fait aucune référence à sa capacité de discernement éventuelle. Néanmoins, le caractère implicite de cette condition semble pouvoir être mis en évidence dans la mesure où l'opportunité d'une telle demande étant réservée exclusivement à l'enfant, celui-ci devra bien évidemment disposer de la capacité naturelle d'accomplir cette démarche.

**873.** De toute évidence, la possibilité pour l'enfant d'agir ou de défendre sans représentant est bien réservée à l'enfant discernant. En tout état de cause, l'autorisation judiciaire ainsi donnée n'est pas définitive. En effet, malgré l'octroi de cette autorisation, si au cours de la procédure la représentation de l'enfant par un *litigation friend* apparaît souhaitable, le juge conserve la possibilité de procéder à sa désignation <sup>1</sup>.

**874.** Si les procédures familiales sont régies par des principes communs au regard de la participation de l'enfant à la procédure, il nous faut néanmoins distinguer celles qui sont intentées sur le fondement de la section 8 du *Children Act 1989* <sup>2</sup> des autres procédures. Dans le cadre des ordonnances de la section 8, le droit anglais accorde à l'enfant discernant un droit d'action en justice propre et autonome, sous réserve de l'obtention d'une autorisation judiciaire à agir (*leave*) <sup>3</sup>. Ainsi, celui-ci dispose de la capacité de demander en justice la mise en œuvre d'une de ces ordonnances à son égard, la modification des conditions de son application ou bien encore sa caducité <sup>4</sup>.

**875.** Le fait que les parents, tout comme les tiers <sup>5</sup>, sous réserve pour certains de l'obtention d'une autorisation judiciaire à agir <sup>6</sup>, disposent également

---

<sup>1</sup> « *Where the court has made an order under paragraph (3) and it subsequently appears to the court that it is desirable for a litigation friend to conduct the proceedings on behalf of the child, the court may appoint a person to be the child's litigation friend* », Règle 21.2(5) des *Civil Procedure Rules 1998*. SI 1998/3132.

<sup>2</sup> Les ordonnances de la section 8 permettent au juge de régler un nombre important de questions qui surviendraient au cours de la vie de l'enfant. Les ordonnances de la section 8 sont au nombre de quatre. La *residence order* qui vise pour son requérant à obtenir que l'enfant réside à son domicile. La *contact order*, qui vise à obtenir un droit de contact avec l'enfant, celui-ci pouvant aller d'un véritable droit de visite et d'hébergement à des contacts épisodiques avec ce dernier, ceux-ci pouvant être limités à des contacts téléphoniques ou épistolaires. La *prohibited step order* qui vise pour son requérant à obtenir une injonction de ne pas faire à l'égard de la partie adverse, et lui impose d'obtenir une autorisation judiciaire avant d'agir. La *specific issue order* qui vise à obtenir du juge la résolution d'une question spécifique relative à l'enfant.

<sup>3</sup> Voir *infra* n° 871.

<sup>4</sup> Voir les sections 8(2) et 10(8) ensemble du *Children Act 1989*.

<sup>5</sup> Section 10(5) du *Children Act 1989*. Cette section vise les tiers proches de l'enfant, comme par exemple des beaux-parents ou toute personne qui aurait le consentement pour agir des parents ou de l'autorité locale, si l'enfant a été placé. Il peut également s'agir de personnes avec qui l'enfant aurait vécu pendant au moins trois ans. Ces tiers disposent sans réserve du droit de solliciter une ordonnance de la section 8 à l'égard de l'enfant.

<sup>6</sup> Section 10(9) du *Children Act 1989*. Cette catégorie vise tout tiers sans spécificité mais l'action de celui-ci est encadrée et est soumise à autorisation judiciaire.

d'un droit d'action propre au regard des ordonnances de la section 8<sup>1</sup>, coupe court, en théorie, à toute instrumentalisation de l'exercice du droit d'action reconnu à l'enfant<sup>2</sup>. L'enfant est donc titulaire d'un droit d'action en ce domaine, alors que son existence est soumise à condition dans l'ensemble des autres procédures familiales intentées sur le fondement du *Children Act 1989*.

**876.** La question de savoir si l'enfant peut solliciter la mise en œuvre à son égard d'une ordonnance de résidence (*Residence Order*) a toutefois soulevé des interrogations, notamment au regard des effets produits par cette ordonnance chez son requérant. En effet, en vertu des dispositions de la section 12(2) du *Children Act 1989*, s'il obtient le bénéfice d'une ordonnance de résidence, le demandeur, au cas où il ne serait pas le parent ou le tuteur de l'enfant, se voit automatiquement attribuer l'exercice de la responsabilité parentale sur l'enfant. Cette disposition ne peut trouver à s'appliquer lorsque le demandeur est l'enfant lui-même. Le juge Booth dans l'affaire *Re SC (A Minor) (Leave to seek Residence Order)*<sup>3</sup>, a ainsi interprété de manière extensive les dispositions de la section 12(2) du *Children Act 1989*, en retenant « *qu'il n'appartenait pas au juge d'entraver la capacité que le législateur a reconnu à l'enfant de solliciter à son égard la mise en œuvre d'une ordonnance de la section 8, si une telle demande apparaissait opportune* » et « *qu'il serait faux d'ajouter aux dispositions du Children Act une exigence qui tendrait à réserver cette faculté aux personnes en faveur de qui une telle ordonnance peut être rendue* »<sup>4</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse où l'enfant est demandeur à l'ordonnance, les dispositions de la section 12(2) du *Children Act 1989* s'appliqueront tout naturellement à la personne visée par celle-ci.

**877.** Pour que la demande de l'enfant fondée sur la section 8 du *Children Act 1989* puisse être introduite en justice, celui-ci doit au préalable avoir obtenu une autorisation judiciaire à agir (*leave*). Cette demande d'autorisation est soumise

---

<sup>1</sup> Section 10(4)(a) du *Children Act 1989*.

<sup>2</sup> Néanmoins il apparaît bien en pratique que l'action de l'enfant soit parfois influencée par ses parents, afin par exemple de rouvrir les débats sur une question ayant déjà été tranchée par le juge. Sur ce point et les risques de dérives voir J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 231. L'auteur renvoie notamment à l'affaire *Re K (replacement of guardian ad litem)* [2001] 1 FLR 663.

<sup>3</sup> [1994] 1 FLR 96, [1994] 1 FCR 609.

<sup>4</sup> « *The court should not fetter the statutory ability of the child to seek any section 8 order if it was appropriate for such an order to be made. It would be wrong to import into the Children Act any requirement that only the person in whose favour a proposed residence order would be made, should make the application* », *Re SC (A Minor) (Leave to seek Residence Order)* [1994] 1 FLR 96, [1994] 1 FCR 609.

à un formalisme difficilement compatible avec l'exercice direct par l'enfant de sa capacité <sup>1</sup>.

**878.** L'enfant devra par conséquent être assisté dans ses démarches. Ainsi l'enfant qui souhaite obtenir une autorisation judiciaire à agir fera introduire cette demande par un avocat, lequel est tenu de procéder à l'examen de ses facultés de discernement avant d'accepter de recevoir ses instructions de l'enfant <sup>2</sup>. L'examen des demandes d'autorisation judiciaire présentées par l'enfant relèvent de la compétence exclusive de la *High Court*, aussi les juridictions inférieures, incompétentes pour en connaître, sont elles tenues de lui transférer les demandes dont elles seraient saisies <sup>3</sup>.

**879.** Les dispositions légales relatives à l'autorisation judiciaire sollicitée par l'enfant, soumettent celle-ci à l'exigence de la capacité de discernement chez son requérant <sup>4</sup>. Il apparaît que ces prescriptions n'ont été accompagnées d'aucun guide officiel d'interprétation et d'application, ce qui apparaît comme une lacune importante aux yeux de certains auteurs, dans la mesure où cette appréciation reste alors soumise à la discrétion des personnes qui en ont la charge <sup>5</sup>.

**880.** En pratique, la jurisprudence nous montre que les juges renvoient très fréquemment pour l'appréciation du discernement chez l'enfant, à l'examen de cette faculté par l'avocat qui aura accepté de recevoir des instructions de l'enfant <sup>6</sup>. Le discernement de l'enfant dans le cadre des demandes relatives aux ordonnances de la section 8, doit être apprécié au regard de sa capacité à « *introduire une telle*

---

<sup>1</sup> La demande doit être soumise au juge dans la forme du formulaire d'application C2, qui se présente sous la forme d'un formulaire type de saisine. Voir la règle 1.2(4) des *Family Proceeding Rules 1991 SI 1991/1247*, appendix 1 (amendé par le SI 1994/3155, et le SI 1997/1893)

<sup>2</sup> Pour cette appréciation dans les procédures relatives aux ordonnances de la section 8 du *Children Act 1989*, voir de manière générale la jurisprudence relative aux demandes d'autorisation judiciaire et notamment *Re C (A Minor) (Leave to seek section 8 orders)* [1994] 1 FLR 26, [1994] 1 FCR 837 ; *Re SC (A Minor) (Leave to seek Residence Order)* [1994] 1 FLR 96, [1994] 1 FCR 609 ; *Re C (Residence : Child's application for leave)* [1995] 1 FLR 927, [1996] 1 FCR 461 ; *Re H (Residence Order : Child's application for leave)* [2000] 1 FLR 780.

<sup>3</sup> *Practice Direction* [1993] 1 All ER 820, [1993] 1 WLR 313.

<sup>4</sup> Section 10(8) du *Children Act 1989*.

<sup>5</sup> Voir notamment J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 224 et 225.

<sup>6</sup> Le principe de cette appréciation du discernement de l'enfant par l'avocat a été détaillé dans l'affaire de principe *In re S (A minor) (Independent Representation)* [1993] fam 263, [1993] 2 FLR 437, [1993] 2 WLR 801, [1993] 3 All ER 36 CA, relative à l'application de la règle 9.2A des *family procedure rules 1991, SI 1991/1247* (amendé par le SI 2001/821) (voir *infra*). Pour son application aux ordonnances de la section 8 voir *Re SC (A Minor) (Leave to seek Residence Order)* [1994] 1 FLR 96, [1994] 1 FCR 609 ; *Re C (Residence : Child's application for leave)* [1995] 1 FLR 927, [1996] 1 FCR 461 ; *Re H (Residence Order : Child's application for leave)* [2000] 1 FLR 780.

*demande en justice* »<sup>1</sup>. Le degré de discernement ici retenu apparaît comparativement bas par rapport à celui imposé à l'enfant dans le cadre des autres procédures familiales<sup>2</sup>. Toutefois, la décision du juge d'autoriser l'enfant à agir reste cependant ici tout à fait discrétionnaire, alors qu'elle perd ce caractère dans les autres procédures familiales<sup>3</sup>. En effet, quand bien même le juge serait satisfait de l'existence du discernement chez l'enfant, il conserve la possibilité de refuser cette autorisation à agir, compte tenu du bien-être de l'enfant (*welfare*)<sup>4</sup>, du contexte dans lequel elle est demandée<sup>5</sup> ou encore des chances futures de succès de la demande qui sera consécutivement introduite en justice par l'enfant<sup>6</sup>.

**881.** Dans le cadre spécifique des ordonnances visant à l'obtention d'un droit de contact avec un enfant (*contact order*), l'autorisation judiciaire à agir donnée à l'enfant, semble valoir, dans le futur, pour les demandes visant à obtenir une modification de cette ordonnance. En effet, l'enfant qui a obtenu le bénéfice d'un *contact order* en sa faveur<sup>7</sup> entre directement dans le champ d'application de la section 10(6) du *Children Act 1989*<sup>8</sup>, en tant que personne désignée par

---

<sup>1</sup> « *That he has sufficient understanding to make the proposed application for the section 8 order* », Section 10(8) du *Children Act 1989*.

<sup>2</sup> Cf *infra* n° 893.

<sup>3</sup> Cf *infra* n° 894.

<sup>4</sup> Le bien-être de l'enfant s'il n'est pas la considération supérieure dans la procédure visant à l'obtention par l'enfant d'une autorisation judiciaire à agir, n'en est pas moins une considération importante aux yeux des juges, voir *Re C (Residence : Child's application for Leave)* [1995] 1 FLR 927, [1996] 1 FCR 461.

<sup>5</sup> Pour un refus d'autorisation à agir malgré l'existence du discernement chez l'enfant voir *Re C (A Minor) (Leave to seek section 8 orders)* [1994] 1 FLR 26, [1994] 1 FCR 837 (le juge ayant estimé que le conflit parent-enfant qui lui était soumis n'était pas de ceux qu'il appartenait à la justice de connaître, celui-ci devant être réglé au sein de la famille. L'enfant de quinze ans qui ne souhaitait plus vivre avec ses parents demandait à être autorisée à solliciter une *Residence Order* en faveur du père d'une de ses amies, ainsi qu'à partir en vacances avec eux en Bulgarie contre la volonté parentale) ; *Re H (Residence Order : Child's application for leave)* [2000] 1 FLR 780 (la demande de l'enfant à être autorisé à solliciter une *Residence Order* en faveur de son père allait dans le même sens que la demande du père à vivre avec l'enfant dans le cadre de la procédure de divorce qui était en cours).

<sup>6</sup> « *It was right for the court to have regard to the likelihood of success of the proposed application and to be satisfied that the child was not embarking upon proceedings which were doomed to failure* », *Re SC (A Minor) (Leave to seek Residence Order)* [1994] 1 FLR 96, [1994] 1 FCR 609. Voir également en ce sens *Re C (Residence : Child's application for leave)* [1995] 1 FLR 927, [1996] 1 FCR 461.

<sup>7</sup> Cette hypothèse concerne exclusivement les cas où le droit de contact est sollicité par un enfant à l'égard d'un autre enfant, généralement un frère ou une sœur. Pour des exemples de telles demandes voir notamment *Re W (Application for Leave)* [1996] Fam Law 665, [1996] 3 FCR 337 ; *In Re S (A Minor) (Adopted child : Contact)* [1999] Fam 283. Le droit anglais ne connaît pas d'équivalent de l'article 371-5 du Code civil. Aussi il n'est pas rare que des enfants pris en charge par les services sociaux soient séparés au cours de leurs placements et pour certains adoptés, ce qui soulève des difficultés lorsque la famille adoptante refuse que l'enfant adopté conserve des liens avec ses frères et sœurs biologiques généralement plus âgés que lui.

<sup>8</sup> « *Une personne qui (en vertu des dispositions précédentes) ne dispose pas du droit de demander la modification ou la caducité d'une ordonnance de la section 8, devient titulaire d'un droit d'action (a) si cette demande concerne une ordonnance qui a été rendue à sa requête ou (b) pour le cas d'une ordonnance de contact, s'il est la personne désignée par l'ordonnance* » ; « *A person who would not otherwise be entitled (under*

l'ordonnance. Ceci le dispense de solliciter à nouveau une autorisation judiciaire d'agir <sup>1</sup>, il pourra donc directement solliciter une modification ou la caducité de l'ordonnance rendue en sa faveur.

**882.** Si un droit d'action est reconnu en propre à l'enfant dans les procédures relatives aux ordonnances de la section 8 du *Children Act 1989*, dans les autres procédures familiales le concernant, celui-ci ne bénéficiera de la possibilité d'agir sans représentation qu'à titre exceptionnel. En effet, l'enfant ne disposera de la capacité d'agir ou de défendre dans ces procédures que s'il s'est vu au préalable reconnaître par le juge la qualité de partie à la procédure <sup>2</sup>. L'octroi judiciaire de cette qualité à l'enfant n'est pas exceptionnel dans la mesure où, à la différence du droit français, l'attribution du statut de partie à la procédure n'est pas régie en droit anglais par des règles procédurales strictes <sup>3</sup>.

**883.** Par dérogation aux règles 9.2 et 9.5 des *Family Proceeding Rules 1991* <sup>4</sup>, en vertu desquelles dans les procédures familiales l'enfant ne peut agir ou défendre que s'il est représenté par un *children's guardian*, l'enfant pourra néanmoins en certaines circonstances agir de manière autonome. En effet, en vertu des dispositions de la règle 9.2A des *Family Proceeding Rules 1991* <sup>5</sup>, l'enfant pourra agir ou défendre en justice sans représentation « *s'il a obtenu une autorisation judiciaire d'agir en ce sens* » ou bien « *lorsqu'un avocat a estimé que l'enfant disposait*

---

*the previous provisions of this section) to apply for the variation or discharge of a section 8 order, shall be entitled to do so if (a) the order was made on his application or (b) in the case of a contact order, he is named in the order* », section 10(6) du *Children Act 1989*.

<sup>1</sup> *Re W (Application for Leave)* [1996] Fam Law 665, [1996] 3 FCR 337. Dans cette affaire, le frère de quinze ans pris en charge par les services sociaux (*in care*) avait été autorisé à solliciter un *contact order* à l'égard de son jeune frère de huit ans qui avait été adopté. Il avait ainsi obtenu un droit de contact épistolaire avec celui-ci. Quelques temps après il sollicitait auprès du juge une modification de cette ordonnance de contact afin d'être autorisé à voir directement son frère. Les juges ont alors considéré qu'en application des dispositions de la section 10(6) du *Children Act 1989*, le fait de bénéficier d'une ordonnance de contact, même indirect, en sa faveur le dispensait de solliciter une nouvelle autorisation judiciaire d'agir.

<sup>2</sup> Règle 9.5 des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par le SI 2001/821).

<sup>3</sup> L'intérêt de l'enfant à être partie est le principal critère pris en compte, pour plus de détails sur ce point voir *supra*. Voir également *Mabon v. Mabon and others* [2005] EWCA civ 634, [2005] 2 FCR 354. Il apparaît clairement dans cette affaire que l'octroi de la qualité de partie à l'enfant peut être un moyen pour le juge, dans un système où la pratique de l'audition directe de l'enfant par le juge est marginale, de s'assurer des souhaits et sentiments de l'enfant dans la procédure.

<sup>4</sup> *The family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/281).

<sup>5</sup> *Idem*.

*d'une capacité de discernement suffisante pour lui donner des instructions et qu'il aura accepté de les recevoir et d'agir pour le compte du mineur dans la procédure »<sup>1</sup>.*

**884.** L'appréciation de la faculté de discernement chez l'enfant par les avocats a été laissée totalement libre en droit anglais. Il n'existe aucune disposition qui précise les règles de procédures applicables aux procédures familiales<sup>2</sup>. Il apparaît ainsi que l'exercice effectif du droit d'action autonome ainsi accordé à l'enfant ait été placé entre les mains des avocats. Le parcours de l'enfant en direction de l'instance n'apparaît toutefois pas sans embûches. En effet, comme le fait remarquer un auteur « *ce qui est clair c'est que le droit de l'enfant à être représenté en justice dépendra, essentiellement, de l'avocat qu'il consulte* »<sup>3</sup>. Ainsi, les chances de l'enfant de voir sa demande prise en considération apparaissent comparativement plus importantes s'il se présente chez un avocat qui dispose de quelque sympathie à l'égard de la participation de l'enfant dans les procédures judiciaires<sup>4</sup>.

**885.** À ceci vient s'ajouter le fait que dans la plupart des cas l'absence de moyens financiers conduira l'enfant à défendre également sa cause devant le Bureau de l'aide juridictionnelle (*Legal Aid Board*), avant d'être certain que l'avocat soit en mesure d'agir<sup>5</sup>. En l'absence de directives, il apparaît que l'appréciation de la faculté de discernement de l'enfant par l'avocat dépendra non seulement de la personnalité de l'enfant mais également de celle de l'avocat chez qui il se sera présenté. À ceci il n'est rien à redire dans la mesure où toute appréciation du discernement chez un enfant est éminemment subjective qu'elle soit réalisée par des juges ou bien par des avocats. L'Association des Avocats en Droit de la Famille (*Solicitors Family Law Association*) conseille toutefois à ces derniers « *en cas de doute de prendre avis auprès d'experts indépendants (par exemple des pédo-psychiatres)* »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> « ...A minor to whom this Part applies, (...) may (...) begin, prosecute or defend, as the case may be (...) without a Children's guardian (a) where he has obtained the leave of the court for that purpose or (b) where a solicitor – (i) considers that the minor is able, having regard to his understanding, to give instructions in relation to the proceedings and (ii) has accepted instructions from the minor to act for him in the proceedings and, where the proceedings have begun, is so acting », règle 9.2A(1) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/821)

<sup>2</sup> *The family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par SIs 1992/456 et 2001/821)

<sup>3</sup> C. Sawyers, « The mature child – how solicitors decide », [1997] *Fam Law* 19.

<sup>4</sup> En ce sens voir C. Sawyers, art. préc., p. 19.

<sup>5</sup> Sur ce point voir D. Burrows, « Children's applications. Assessment of understanding in the light of *Re CT* », [1993] *Fam Law* 421. Voir les dispositions de la section 15(2) du *Legal Aid Act 1988*.

<sup>6</sup> Voir C. Sawyers, « The competence of children to participate in family proceedings » [1995] 7CFLQ 4, p. 184. « *If he is in doubt as to the child's capacity (...) an independent expert may have to be approached (eg. a child psychiatrist)* », nous reprenons une citation de l'auteur en note 27 du *SFLA Guide to Good Practice for Solicitor Acting for Children* (Solicitors Family Law Association, June 1994 para. C4.

**886.** Si les juges se montrent enclins à accorder leur confiance à l'avocat dans son appréciation du discernement de l'enfant<sup>1</sup>, celle-ci n'en est pas moins soumise à un contrôle rigoureux de leur part. En effet, dans l'affaire de principe *Re CT (A minor) (Wardship : representation)*<sup>2</sup>, il a notamment été jugé que « *les règles procédurales ainsi posées devait être interprétées comme conférant au tribunal le pouvoir ultime de décision quant à l'appréciation de la capacité de l'enfant qui se présente devant elle sans représentant, au regard de sa faculté de discernement, de donner des instructions à son avocat* »<sup>3</sup>.

**887.** Par conséquent, l'appréciation faite par l'avocat peut être remise en cause par les juges s'il apparaît que l'avocat « *bien qu'ayant agi en toute bonne foi et sincérité, a apprécié de manière irréaliste, voire absurde, la capacité de son client potentiel à lui donner des instructions* »<sup>4</sup>. Dans ce cas de figure, le droit d'action autonome de l'enfant sera remis en cause et les juges lui désigneront un *children's guardian* pour représenter son intérêt dans le déroulement des étapes futures de la procédure<sup>5</sup>. Ceci ne met pas fin automatiquement au mandat donné par l'enfant à l'avocat. En effet, sa mission peut se poursuivre à la seule différence qu'il recevra ses instructions non plus de l'enfant mais du *children's guardian*. Néanmoins, il semble que cette décision remette en cause automatiquement le bénéfice de l'aide juridictionnelle<sup>6</sup>, aussi l'avocat ne disposera plus dans ces circonstances des moyens matériels nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

**888.** En **droit anglais**, l'enfant peut également se voir reconnaître la capacité d'être partie autonome dans une procédure familiale s'il obtient une autorisation judiciaire d'agir en ce sens<sup>7</sup>. Celle-ci est alors soumise à un

---

<sup>1</sup> Voir notamment *Re C (Residence : Child's application for leave)* [1995] 1 FLR 927, [1996] 1 FCR 461 ; *Re H (Residence Order : child application for leave)* [2000] 1 FLR 780.

<sup>2</sup> [1993] 2 FLR 278.

<sup>3</sup> « *It must in my view be taken to reserve the court the ultimate right to decide whether a child who comes before it as a party without a next friend or guardian has the necessary ability, having regard to his understanding, to instruct his solicitor* », opinion du juge Waite LJ dans l'affaire *Re CT (A minor) (Wardship : representation)* [1993] 2 FLR 278, p. 289.

<sup>4</sup> « *Although acting in complete sincerity and good faith, had taken an unreal, or even absurd, view of his prospective client's capabilities to instruct him* », opinion du juge Waite LJ dans l'affaire *Re CT (A minor) (Wardship : representation)* [1993] 2 FLR 278, p. 288.

<sup>5</sup> Règle 9.2A(10) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/821).

<sup>6</sup> Voir *In re S (A minor) (Independent Representation)* [1993] fam 263 et l'opinion du juge Bingham p. 276.

<sup>7</sup> Règle 9.2A(1)(a) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/821).

formalisme moindre que celui imposé dans le cadre des ordonnances de la section 8. En effet, la demande d'autorisation judiciaire peut être introduite soit par un écrit simple, énonçant les raisons pour lesquelles cette demande d'autorisation est sollicitée, ou bien oralement au cours d'une audience relative à la procédure engagée <sup>1</sup>.

**889.** Les critères d'octroi de cette autorisation judiciaire à agir ont été posés par la règle 9.2A(6) des *Family Proceeding Rules 1991* <sup>2</sup>, et sont légèrement différents au regard de l'appréciation de la capacité de discernement chez l'enfant, que ceux qui sont applicables lorsque l'enfant se présente directement chez un avocat. En effet, si l'avocat de l'enfant doit apprécier le discernement de l'enfant au regard de sa capacité à lui donner des instructions, le juge dans son examen de la demande d'autorisation judiciaire sera tenue d'apprécier le discernement de l'enfant au regard de sa capacité « *à participer en tant que partie à la procédure* » <sup>3</sup>.

**890.** Ces deux tests d'appréciation sont légèrement différents et le second est beaucoup plus difficile à satisfaire que le premier <sup>4</sup>. Il rejoint en effet, celui appliqué à l'enfant dans le cas où il solliciterait auprès du juge qu'il soit mis fin aux fonctions de son *children's guardian* <sup>5</sup>. Cette différence s'explique d'autant plus difficilement que les deux voies conduisent aux mêmes effets et à la participation active de l'enfant à la procédure, en qualité de partie autonome.

**891.** Néanmoins, nous devons rappeler que l'appréciation réalisée par l'avocat est soumise au contrôle du juge et il semble bien que ce soit alors le second test qui lui serve alors de référence. Cette autorisation judiciaire à agir de manière autonome n'est toutefois pas définitive, les juges conservent la possibilité de la remettre en cause s'il apparaît au cours de la procédure que la représentation de l'enfant par un *children's guardian* s'avère nécessaire <sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> « *A minor shall be entitled to apply for the leave of the court under paragraph (1)(a) without a children's guardian either (a) by filling a written request for leave setting out the reasons for the application, or (b) by making an oral request for leave at any hearing in the proceeding* », règle 9.2A(2) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/821). Cf *supra* sur la forme imposée aux demandes d'autorisation judiciaire d'agir sur le fondement de la section 8 du *Children Act 1989*.

<sup>2</sup> *The family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/821).

<sup>3</sup> Règle 9.2A(6)(b) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/821)

<sup>4</sup> Sur l'appréciation de ce critère par les juges voir *infra* n° 893.

<sup>5</sup> Voir *infra* n° 893.

<sup>6</sup> « *The court may revoke any leave granted under paragraph (1)(a) where it considers that the child does not have sufficient understanding to participate as a party in the proceedings concerned without a children's guardian* », Règle 9.2A(8) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/821).

**892.** L'enfant partie, qui se serait vu désigner un *children's guardian* afin de représenter ses intérêts dans une procédure familiale<sup>1</sup>, peut dans certaines circonstances obtenir du juge qu'il soit mis fin à ses fonctions afin de pouvoir agir et défendre seul dans les étapes futures de la procédure<sup>2</sup>. Les dispositions des *Family Proceeding Rules 1991* l'autorisent, en effet, à solliciter auprès du juge une autorisation judiciaire en ce sens. Celle-ci répond aux mêmes exigences de forme que l'autorisation judiciaire d'agir en tant que partie autonome, lorsque celle-ci est présentée *ab initio*<sup>3</sup>.

**893.** Pour que l'autorisation judiciaire d'agir soit accordée à l'enfant, celui-ci doit avoir convaincu le juge qu'il disposait des facultés de discernement nécessaires à sa participation en tant que partie à la procédure<sup>4</sup>. Ce critère d'appréciation a été précisé en jurisprudence et notamment dans l'affaire de principe en la matière, *Re S (A Minor) (Independent Representation)*<sup>5</sup>. En effet, le juge Bingham a retenu dans cette affaire que la notion de discernement devait être appréciée au regard de la procédure à laquelle l'enfant entendait participer<sup>6</sup>. En effet, « *participer en tant que partie à la procédure (...) demande plus d'implication que le fait d'informer l'avocat de sa volonté en la matière. L'enfant devra témoigner et il peut à cette occasion subir un contre-interrogatoire. Il devra entendre les autres parties, y compris ses parents, témoigner et être soumis aux contre-interrogatoires. Il devra être capable de donner des instructions relatives à différents points au fur et à mesure de la progression de la procédure, et être capable si nécessaire de prendre des décisions* »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur la désignation d'un *children's guardian* à l'enfant dans les procédures familiales voir *supra*, n° 693.

<sup>2</sup> Règle 9.2A(4) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/821). Voir notamment *In re S (A minor) (Independent Representation)* [1993] fam 263, [1993] 2 FLR 437, [1993] 2 WLR 801, [1993] 3 All ER 36 CA ; *Re H (A minor) (Role of the official solicitor)* [1993] 2 FLR 552 ; *In re H (A minor) (guardian ad litem : requirement)* [1994] Fam 11 ; *In re T (A Minor) (Child representation)* [1994] Fam 49 ; *Re N (Contact : Minor seeking leave to defend and removal of guardian)* [2003] 1 FLR 652.

<sup>3</sup> Voir la règle 9.2A(2) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/821).

<sup>4</sup> Règle 9.2A(6)(b) *The family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les SIs 1992/456 et 2001/821).

<sup>5</sup> *In re S (A minor) (Independent Representation)* [1993] fam 263, [1993] 2 FLR 437, [1993] 2 WLR 801, [1993] 3 All ER 36 CA.

<sup>6</sup> « *The court would assess the individual child's understanding in the context of the proceedings in which he sought to participate* », *In re S (A minor) (Independent Representation)* [1993] fam 263, [1993] 2 FLR 437, [1993] 2 WLR 801, [1993] 3 All ER 36 CA

<sup>7</sup> « *Participating as a party (...) means much more than instructing a solicitor as to his own wishes. The child (...) may give evidence and he may be cross-examined. He will hear other parties, including in this case his parents, give evidence and be cross-examined. He must be able to give instructions on many different matters as*

**894.** Ce test appliqué au discernement de l'enfant, semble de prime abord plus difficile à satisfaire que celui devant être réalisé par l'avocat avant d'accepter de recevoir des instructions de l'enfant dans le cadre d'une ordonnance de la section 8<sup>1</sup>. Cette différence peut notamment s'expliquer par le fait que dans le cadre des procédures de la section 8, le juge conserve un pouvoir discrétionnaire important, dont il ne dispose pas, en théorie, dans le cadre des autres procédures familiales. Dans le cadre des procédures familiales autres que celles relatives aux ordonnances de la section 8, si l'octroi de l'autorisation judiciaire ne relève pas du pouvoir discrétionnaire du juge, il nous faut néanmoins constater que celui-ci dispose toujours de la possibilité de remettre en cause au cours de la procédure l'autorisation ainsi accordée à l'enfant, s'il apparaît que la désignation d'un *children's guardian* s'avère nécessaire à la protection de son intérêt<sup>2</sup>.

**895.** La possibilité offerte par le droit anglais à l'enfant d'agir en justice sous réserve de l'obtention d'une autorisation judiciaire nous semble offrir des perspectives intéressantes de développement d'une certaine capacité procédurale du mineur, notamment dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale en droit français.

**896.** En effet, l'exigence du discernement chez l'enfant et de l'obtention d'une autorisation judiciaire à agir, semble devoir apporter les garanties nécessaires à une mise en œuvre raisonnée de cette capacité par l'enfant. L'autorisation judiciaire à agir permet un contrôle efficace de l'action et suffit à contrecarrer toute velléité d'instrumentalisation de ce droit par les proches de l'enfant. Cette technique juridique permettrait enfin à l'enfant de saisir le juge lorsqu'il existe des problèmes liés à l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne, notamment après une séparation parentale, qui ne relèveraient pas de l'assistance éducative, sans avoir à passer par le chemin tortueux de la représentation *ad hoc*.

**897.** En effet, dans les procédures relatives à l'autorité parentale, l'utilisation de la notion d'opposition d'intérêts, seule voie ouverte aujourd'hui, s'avère peu rigoureuse et bien souvent inefficace<sup>3</sup>. Aussi, nous pouvons voir dans ce mécanisme appliqué avec efficacité et raison Outre-Manche une solution

---

*the case goes through its stage and to make decisions as need arise* », *Re H (A minor) (Role of Official Solicitor)* [1993] 2 FLR 552, voir l'opinion du juge Booth J, p. 555.

<sup>1</sup> Voir *Re N (Contact : Minor seeking leave to defend and removal of guardian)* [2003] 1 FLR 652.

<sup>2</sup> Règle 9.2A(8) des *family procedure rules 1991*, SI 1991/1247 (amendé par les *SIs 1992/456* et *2001/821*).

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 577 et s.

envisageable à l'impasse dans laquelle se trouve actuellement le droit français en ce domaine. Ceci ne conduirait en aucune façon à une remise en cause de l'incapacité du mineur dans son principe et tout en permettant l'action encadrée de l'enfant discernant.

**898.** L'émergence d'une troisième voie médiane, entre autonomie et représentation, nous semble devoir être aujourd'hui recherchée afin de pallier les lacunes de notre droit des incapables mineurs. Les incapables majeurs bénéficient de cette troisième voie grâce au système de la curatelle. Celle-ci semble difficilement transposable dans le cadre des procédures judiciaires, et offre moins de garantie que l'autorisation judiciaire au regard de l'indépendance d'action du mineur. Il existe une place pour le mécanisme de l'autorisation judiciaire dans notre système, lequel viendrait offrir au mineur une possibilité d'action, en dehors des situations dans lesquelles il bénéficie déjà d'une capacité procédurale propre.

## *§2. La capacité procédurale du mineur née d'un facteur émancipateur*

**899.** La capacité procédurale peut également être accordée au mineur de manière ponctuelle en raison de l'existence d'un facteur émancipateur. Ainsi que ce soit en raison de son âge (A) ou bien de sa situation personnelle (B) l'enfant se voit alors accorder une capacité d'action autonome en justice afin de faire valoir les droits qui sont les siens.

### A. La capacité procédurale acquise par l'effet de l'âge

**900.** L'acquisition de la capacité procédurale générale par l'effet de l'âge n'a été prévue expressément qu'en **droit écossais**. En effet, en vertu des dispositions qui accordent au mineur de plus de seize ans la pleine capacité juridique <sup>1</sup>, celui-ci acquiert par conséquent la capacité de réaliser de manière autonome tous les actes

---

<sup>1</sup> « *A person of or over the age of 16 years shall have legal capacity to enter into any transaction* », section 1(1)(b) du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

procéduraux nécessaires à la mise en œuvre de ses droits. Il dispose ainsi à compter de cet âge d'une pleine capacité pour être partie à une procédure judiciaire civile <sup>1</sup>. Il dispose à ce titre du pouvoir de donner des instructions à un avocat, et de réaliser l'ensemble des actes de procédure liés à sa qualité de partie.

**901.** La capacité procédurale ainsi acquise est une facette de la capacité générale à laquelle accède le mineur écossais lorsqu'il atteint l'âge de seize ans <sup>2</sup>. Il apparaît cependant dans certaines circonstances que le mineur en deçà de cet âge puisse bénéficier d'une capacité procédurale autonome. En effet, en vertu des dispositions du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, le mineur de moins de seize ans se voit reconnaître « *la capacité de donner directement des instructions à un avocat dans le cadre d'une procédure civile, s'il dispose d'une faculté de compréhension générale des implications que cela entraîne* » <sup>3</sup>.

**902.** La faculté de compréhension générale à laquelle il est fait référence dans cet article, nous renvoie directement à la notion de discernement et à la situation personnelle du mineur. Il apparaît cependant que le droit écossais pose à l'égard du mineur de plus de douze ans une présomption simple <sup>4</sup>, en vertu de laquelle il serait doué d'une telle faculté de compréhension <sup>5</sup>. Par conséquent, tout mineur de douze ans est présumé capable de donner directement des instructions à un avocat. De cette capacité d'instruction découle la capacité procédurale de l'enfant, celui-ci se voit en effet dans ces conditions reconnaître le droit « *d'agir et de défendre dans toute procédure civile* » <sup>6</sup>.

**903.** Cette présomption de capacité autorise ainsi le mineur de plus de douze ans à être partie autonome dans l'ensemble des procédures civiles. Le seuil d'âge retenu correspond à l'ancien seuil d'âge d'accès des filles au régime de

---

<sup>1</sup> Le droit pénal écossais pose au même titre que chacun des systèmes étudiés des capacités procédurales spécifiques à l'égard de l'enfant délinquant.

<sup>2</sup> Voir sur ce point les dispositions du *Legal capacity (Scotland) Act 1991*. Cette loi organise de manière générale la capacité du mineur écossais. Pour plus de détails sur ce point voir *supra* n° 273.

<sup>3</sup> « *A person under the age of sixteen years shall have legal capacity to instruct a solicitor, in connection with any civil matter, where that person has a general understanding of what it means to do so (...)* » section 2(4A) du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>4</sup> Cette présomption simple peut être combattue par la partie adverse au cours de la procédure. Voir sur ce point E. E. Sutherland, *Child and family law*, T & T Clark, Edimbourg, 1999, para. 3.63, p. 101. Le juge ne dispose cependant pas du pouvoir de la remettre en cause d'office.

<sup>5</sup> « (...) *Without prejudice to the generality of this subsection a person twelve years of age or more shall be presumed to be of sufficient age and maturity to have such understanding* » section 2(4A) *in fine* du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>6</sup> « *A person who by virtue of subsection (4A) above has legal capacity to instruct a solicitor shall also have legal capacity to sue or defend in any civil proceedings* », section 2(4B) du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

*curatory*<sup>1</sup>. À compter de cet âge<sup>2</sup> le régime de représentation, le *tutory*, auxquelles étaient soumises les filles prenait fin et s'ouvrait alors un régime fondé sur la technique de l'assistance du mineur par ses anciens représentants légaux. Cette étape constituait le premier pas vers l'autonomie. Malgré l'uniformisation du statut du mineur de moins de seize ans, introduite en droit écossais par le *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*<sup>3</sup>, il apparaissait, à nos yeux, difficile pour le législateur écossais de remettre en cause l'existence de ces zones de capacité encadrée créées par l'ancien régime de *curatory*.

**904.** L'alignement du sort du garçon sur celui de la fille était le plus favorable à l'enfant aussi, en toute logique c'est le seul d'âge de douze ans qui a été retenu pour le bénéfice de la présomption de cette capacité. La technique de la présomption en faveur de l'enfant ne crée pas de prémajorité en la matière puisqu'elle ne consacre pas un seuil d'âge à effet automatique. Cette présomption permet la prise en compte de la personnalité de chaque enfant<sup>4</sup>, en posant des jalons pour son appréciation. Ceci permet de ne pas laisser les autres parties à la procédure dans une incertitude totale au regard de l'appréciation qui sera faite de la capacité de discernement de l'enfant.

**905.** En pratique il apparaît que la capacité procédurale ainsi reconnue à l'enfant reste totalement soumise à la sensibilité de l'avocat que celui-ci prendra l'initiative de consulter pour la réalisation de ses démarches<sup>5</sup>. Une enquête a ainsi été menée sur un panel d'avocats afin de mettre en évidence les conditions dans lesquelles était mise en œuvre cette capacité procédurale<sup>6</sup>. Il semble n'exister que

---

<sup>1</sup> Jusqu'à l'entrée en vigueur du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, le droit écossais appliquait au mineur un régime juridique, hérité du droit romain, qui s'articulait en deux temps, celui du *tutory* et celui du *curatory*. Avant douze ans pour les filles et quatorze ans pour les garçons, le mineur était un *pupil*, dont les droits relatifs à sa personne et à ses biens étaient exercés par un *tutor* (généralement ses parents), en vertu d'un pouvoir de représentation. Après douze ans/quatorze ans et jusqu'à la majorité de l'enfant (18 ans) la fonction de *curator* se substituait automatiquement à celle du *tutor* ; celle-ci (généralement toujours exercée par les parents) consacrait la mise en place d'un régime d'assistance du mineur par le *curator* dans la gestion de ses biens. L'enfant acquerrait par ailleurs une capacité complète pour l'accomplissement des actes relatifs à sa personne. Voir *supra*.

<sup>2</sup> L'âge de quatorze ans était retenu pour les garçons, voir *supra* n° 24.

<sup>3</sup> Cette loi consacre la capacité pleine et entière du mineur de plus de seize ans, mais fait néanmoins disparaître le régime de *curatory* au profit d'une extension du régime de *tutory* jusqu'à l'âge de seize ans à l'égard de l'ensemble des mineurs.

<sup>4</sup> L'enfant ne bénéficie de cette capacité qu'au titre d'une présomption simple qui peut être remise en cause par la partie adverse.

<sup>5</sup> À l'instar de certaines dispositions du droit anglais, qui laissent à l'avocat le soin d'apprécier si l'enfant est doué du discernement suffisant pour lui donner directement des instructions, Cf *supra* n° 883.

<sup>6</sup> R. Gallagher, *Children and young people's voices. The law, Legal Services, System and Processes in Scotland*, Scottish Child law centre, The Stationery Office Limited 1999.

très peu de réticence de la part des avocats à s'entretenir directement avec l'enfant en dehors de la présence parentale <sup>1</sup>.

**906.** Néanmoins aucune uniformité ne ressort de leurs pratiques. En effet, les avocats apprécient en fonction de leur propre sensibilité les domaines dans lesquels ils seraient prêts à entendre l'enfant en privé <sup>2</sup>. Aucun critère uniforme d'appréciation du discernement chez l'enfant, hormis l'existence de la présomption de capacité, n'a été posé par le législateur. Aussi, il appartient aux avocats de déterminer si un enfant répond aux exigences légales de maturité pour participer directement à la procédure, et pour donner des instructions quant aux actes de procédure devant être réalisés.

**907.** Au vu de l'enquête menée auprès des avocats écossais <sup>3</sup>, l'âge de l'enfant se révèle en toute logique avoir un impact non négligeable sur leur pratique. En effet, si la quasi-totalité d'entre eux se disent prêts à suivre les instructions données par un enfant de quatorze ans <sup>4</sup>, seulement un tiers d'entre eux sont prêts à recevoir des instructions directement d'un enfant de douze ans <sup>5</sup>. Dans le but d'apporter une plus grande uniformité dans les pratiques, des formations spécifiques sont proposées aux avocats qui souhaitent se spécialiser en droit de la famille et de l'enfant <sup>6</sup>.

**908.** En effet, l'appréciation de la capacité naturelle de l'enfant à donner des instructions à un avocat est une étape déterminante de la procédure, aussi une approche uniforme de cette notion par les praticiens serait la bienvenue. Leur appréciation du discernement de l'enfant conditionne véritablement la mise en œuvre de son droit d'action autonome. En effet, à la différence du droit anglais <sup>7</sup>, le droit écossais n'a pas investi ses juges d'un pouvoir de contrôle d'office de l'appréciation du discernement de l'enfant réalisée par les avocats <sup>8</sup>. *A fortiori*

---

<sup>1</sup> 94 % des avocats ayant répondu au questionnaire ont déclaré être prêts à s'entretenir avec l'enfant quel que soit son âge hors présence parentale, « *ninety four respondents stated that they would be prepared to see a child of any age outwith the presence of a parent* », R. Gallagher, *op. cit.*, p. 59

<sup>2</sup> R. Gallagher, *Children and young people's voices. The law, Legal Services, System and Processes in Scotland*, Scottish Child law centre, The Stationery Office Limited 1999, p. 59.

<sup>3</sup> R. Gallagher, *op. cit.*

<sup>4</sup> 91 avocats sur l'échantillon qui en compte 99, voir R. Gallagher, *op. cit.*, voir tableau p. 60

<sup>5</sup> 38 avocats sur l'échantillon qui en compte 99, voir R. Gallagher, *op. cit.*, voir tableau p. 60.

<sup>6</sup> R. Gallagher, *op. cit.*, p. 61.

<sup>7</sup> Cf *supra* n° 884.

<sup>8</sup> Sur ce point voir A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 10.36, p. 187. Voir également F. E. Raitt, « Judicial discretion and methods of ascertaining the views of a child », [2004] CFLQ 151, p. 160. Voir également l'affaire *Henderson v. Henderson* 1997 Fam LR 120, à laquelle renvoie l'auteur p. 157 note 55. Dans cette affaire une petite fille de dix était intervenue dans la procédure opposant ses parents, afin de

aucune autorisation judiciaire d'agir n'est requise <sup>1</sup>. Aussi, si l'avocat estime que l'enfant dispose d'une faculté de discernement suffisante pour lui donner des instructions et accepte d'agir en ce sens, l'enfant bénéficiera automatiquement de la qualité de partie autonome à la procédure et de l'aide juridictionnelle <sup>2</sup>.

**909.** Le domaine d'intervention ainsi ouvert à l'enfant est très vaste puisqu'il concerne « *l'ensemble des procédures civiles* » <sup>3</sup>. Si l'enfant ne dispose de manière automatique de la qualité de partie à la procédure que dans le cadre des procédures pénales et des *Children's Hearings* <sup>4</sup>, les hypothèses dans lesquelles il pourra bénéficier de ce statut dans le cadre des procédures civiles n'est cependant pas négligeable. En effet, en droit écossais, l'enfant, au même titre que « *toute personne* » <sup>5</sup> peut initier une procédure judiciaire ou intervenir dans un procès dès lors qu'elle a « *qualité et intérêt à agir* » <sup>6</sup>. L'enfant se trouve notamment investi de cette compétence dans les procédures familiales lorsqu'il s'est vu notifier par le *sheriff* l'introduction d'une instance le concernant <sup>7</sup>.

---

s'opposer à la demande de contact sollicitée par le père. L'avocat avait estimé l'enfant capable de donner des instructions, ce qui avait permis son intervention dans la procédure malgré la désapprobation très nette du *sheriff* Bell. Voir F. E. Raitt *art. préc.*, p. 157 citant l'arrêt *Henderson v. Henderson* 1997 Fam LR 120, paras. 22-25.

<sup>1</sup> Cf la position du droit anglais qui soumet l'exercice de la capacité procédurale autonome du mineur à une autorisation judiciaire, *supra* n° 871 et s.

<sup>2</sup> Voir sur ce point F. E. Raitt, « Judicial discretion and methods of ascertaining the views of a child », [2004] CFLQ 151, p. 157. Le droit à l'aide juridictionnelle sera apprécié au regard des moyens financiers personnels de l'enfant, Voir A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 10.40, p. 189. Sur ce point voir les dispositions de la section 29 du *Legal Aid (Scotland) Act 1986* (amendé par la section 92 du *Children (Scotland) Act 1995*). Il semble toutefois que si l'enfant remplit bien quasi automatiquement les conditions financières d'accès à l'aide juridictionnelle, deux autres critères sont pris en comptes par le Bureau écossais de l'Aide Juridictionnelle (*Scottish Legal Aid Board, SLAB*). Ainsi le caractère raisonnable de la demande en justice (*probabilis causa litigandi*) et l'intérêt de la justice (*interest of justice*) sont également examinés par le *SLAB* au même titre que l'argument financier, avant de se prononcer sur une demande d'aide juridictionnelle. Ces critères subjectifs tendent dans une certaine mesure en pratique à limiter le caractère automatique de l'aide juridictionnelle octroyée à l'enfant. Sur ce point voir A. Cleland & E. E. Sutherland, *op. cit.*, para. 10.45, p. 190.

<sup>3</sup> Section 2(4B) du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>4</sup> Voir sur ce point A. Cleland & E. E. Sutherland, *op. cit.*, para. 10.51, p. 191.

<sup>5</sup> Règle 13.1(1) de l'*Act of Sederunt (Sheriff Court Ordinary Cause Rules) 1993, SI 1993 No 1956*. L'enfant est inclus dans la notion de personne visée par cette règle de procédure. Sur ce point voir A. Cleland & E. E. Sutherland, *op. cit.*, para. 10.52, p. 192.

<sup>6</sup> « *The applicant's title and interest to enter the process* », règle 13.1(2) de l'*Act of Sederunt (Sheriff Court Ordinary Cause Rules) 1993, SI 1993 No 1956*. Cette notion qui se traduit littéralement par « titre et intérêt à intervenir dans le procès » recoupe les notions de droit français de « qualité et intérêt à agir ». En effet, si la notion d'« *interest* » recoupe totalement celle de l'intérêt à agir en justice, la notion de « *title to sue* » désigne littéralement le droit de la personne à engager une action en justice. Voir les définitions données par le *Glossary, Scottish Legal Terms, Latin Maxims and European Community Legal Terms*, The Law Society of Scotland, Butterworths Edimbourg 1992.

<sup>7</sup> A. Cleland & E. E. Sutherland, *op. cit.*, para. 10.52, p. 192. Pour plus de détails sur le sort de l'enfant concerné par la procédure voir *supra*.

**910.** En effet, dans les procédures introduites directement sur le fondement de la section 11 du *Children (Scotland) Act 1995*<sup>1</sup>, ou bien qui contiennent à titre accessoire une demande sur ce fondement (*crave for section 11 order*), l'une des parties doit impérativement présenter au juge une demande visant à ce que la procédure soit notifiée à l'enfant (*intimation to the child concerned*)<sup>2</sup>. Le juge décide alors de l'opportunité de procéder à une telle notification. Cette information ainsi adressée à l'enfant conditionne la possibilité pour lui d'intervenir dans la procédure et d'être représenté en tant que partie autonome. L'absence de filtre autre que l'appréciation de sa « *faculté de compréhension générale des implications que cela entraîne* »<sup>3</sup> par l'avocat ouvre très largement le domaine d'intervention de l'enfant à la procédure.

**911.** Le droit écossais apparaît alors comme celui des trois systèmes étudié qui est allé le plus loin dans la reconnaissance à l'enfant d'un droit d'action autonome. Cette position, notamment au regard de la mise en œuvre de la faculté ainsi offerte à l'enfant d'intervenir dans les procédures le concernant, n'apparaît cependant pas à nos yeux comme devant être totalement exempte de critique. En effet, à l'instar de certaines dérives qui ont pu être mises en évidence en droit anglais<sup>4</sup>, la faculté de faire appel de la décision mise à part, l'intervention de l'enfant dans ces procédures ne semble devoir lui offrir que la garantie de voir ses souhaits et sentiments directement exprimés à l'audience<sup>5</sup>.

**912.** Nous rejoignons ici dans sa critique l'opinion du *sheriff* Bell dans l'affaire *Henderson v. Henderson*<sup>6</sup>, selon laquelle l'intervention de la petite fille, âgée de dix ans, dans la procédure relative à une demande de contact sollicitée par son père, n'a fait que compliquer l'affaire dans la mesure où dans les procédures de la sorte le *sheriff* est déjà tenu, de par les dispositions légales<sup>7</sup>, de recueillir, quelle

---

<sup>1</sup> Ces procédures visent à régler l'ensemble des questions relatives aux droits et devoirs parentaux, à la tutelle et à l'administration des biens du mineur.

<sup>2</sup> Cette notification vise en premier lieu à informer l'enfant de son droit à s'exprimer dans la procédure.

<sup>3</sup> Section 2(4B) du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>4</sup> Voir *supra* n° 704 et s.

<sup>5</sup> Voir sur ce point F. E. Raitt, « Judicial discretion and methods of ascertaining the views of a child », [2004] CFLQ 151, p. 154 et s. L'auteur présente l'intervention de l'enfant dans la procédure comme une méthode lui permettant de faire connaître son opinion au juge, au même titre que l'utilisation du Formulaire F9, son audition directe ou bien encore le rapport au juge de ses souhaits par un *curator ad litem*.

<sup>6</sup> 1997 Fam LR 120.

<sup>7</sup> Section 11(7)(b) du *Children (Scotland) Act 1995*.

qu'en soit la méthode <sup>1</sup>, l'opinion de l'enfant sur la mesure sollicitée, et de la prendre dûment en considération dans son jugement <sup>2</sup>. Il apparaît de plus dans cette affaire que la demande de l'enfant ne visait qu'à soutenir la position de la mère qui s'opposait à la demande de contact, l'enfant n'ayant pas de position propre à faire valoir <sup>3</sup>.

**913.** Dans l'affaire *Fourman v. Fourman* <sup>4</sup>, bien au contraire, l'intervention de l'enfant agée de quatorze ans dans la procédure intentée par la mère, tendant à obtenir une ordonnance l'autorisant à emmener ses trois enfants vivre avec elle en Australie (*specific issue order*), s'est révélée « *tout à fait appropriée* » <sup>5</sup>. Elle lui a en effet permis de faire valoir une position autonome puisqu'elle ne s'est ralliée à aucune des positions soutenue par ses parents <sup>6</sup>. De toute évidence, une telle position n'aurait pas pu obtenir une telle force si elle avait été simplement entendue par le *sheriff* dans la procédure.

**914.** Compte tenu de la nature particulièrement sensible et passionnée des procédures concernant l'enfant <sup>7</sup>, compte tenu également du coût non négligeable engendré par l'intervention de l'enfant, lequel bénéficie de manière quasi-automatique de l'aide juridictionnelle <sup>8</sup>, l'intervention doit être encadrée. En effet, l'intervention de l'enfant ne doit être soutenue dans ces procédures, que lorsqu'elle lui permet de faire valoir une prétention propre qui ne serait défendue par aucune des parties au procès ou qui ne serait pas efficacement relayée par un *curator ad litem*, ou bien encore lorsque le juge refuserait d'entendre l'enfant qui solliciterait une audition <sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Sur ce point voir *supra*.n° 388 et s.

<sup>2</sup> « *The court should be able to consider the views of a child in terms of the Children (Scotland) Act 1995 without the child entering the process* », *Henderson v. Henderson* 1997 GWD 28-1388.

<sup>3</sup> « *There was no need to sist E as a party where her views were exactly the same as W's* », *Henderson v. Henderson* 1997 GWD 28-1388.

<sup>4</sup> 1998 Fam. LR 98 ; 1998 GWD 32-1638.

<sup>5</sup> « *It seems that the procedure adopted here of PF becoming a party minuter was entirely appropriate* » *Fourman v Fourman* 1998 Fam. LR 98, voir l'opinion du *sheriff* Morrison p. 103. « *In this case where P was old enough to instruct a solicitor and be represented herself, had a view and position to adopt but did not require to be directly involved in the argument between her parents* », 1998 GWD 32-1638.

<sup>6</sup> *Fourman v Fourman* 1998 Fam. LR 98, voir l'opinion du *sheriff* Morrison p. 103.

<sup>7</sup> Les procédures intentées sur le fondement de la section 11 du *Children (Scotland) Act 1995* permettent de régler l'ensemble des questions relatives à l'exercice des droits et devoirs parentaux sur l'enfant, à la tutelle et à l'administration des biens du mineur.

<sup>8</sup> Nous pouvons cependant rappeler que le critère financier n'est pas l'unique critère permettant le bénéfice de l'aide juridictionnelle, et que les critères relatifs au caractère raisonnable de la demande et à l'intérêt de la justice permettent de limiter en pratique cette automaticité.

<sup>9</sup> *Contra* voir A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 10.48, p. 191. Ces auteurs pensent que la position du *sheriff* Bell dans l'affaire *Henderson v. Henderson* voir *supra*, de même que la position aujourd'hui

**915.** Dans les procédures concernant l'enfant, en dehors de ces hypothèses, la place de celui-ci est suffisamment garantie par le recueil et la transmission efficace au juge de ses souhaits et sentiments. C'est ce recueil qu'il faut garantir, soit en formant les juges à l'audition spécifique des mineurs, soit en prévoyant la désignation au cours de la procédure d'une personne exclusivement chargée de cette mission <sup>1</sup>. Il nous faut garder à l'esprit que le bien-être de l'enfant (*welfare*) a été posé comme critère de décision et guide pour le juge écossais <sup>2</sup>.

**916.** Par conséquent le fait pour un enfant d'intervenir dans une procédure ne peut permettre de voir augmenter ses chances d'obtenir une décision conforme à sa volonté que s'il apporte une troisième voie au juge. Si ce n'est pas le cas, cela ne produit aucun effet supplémentaire par rapport à l'expression de ses sentiments <sup>3</sup>. Aussi, la mise en œuvre du droit de l'enfant à intervenir dans une procédure le concernant doit être soumise à un contrôle judiciaire, la voie de l'autorisation à agir nous semble être celle qui apporte les meilleures garanties à l'enfant. Elle permet en effet de renforcer la pertinence de son intervention, ainsi que l'efficacité de la procédure judiciaire.

**917.** La capacité procédurale ainsi reconnue à l'enfant en droit écossais ne s'exerce cependant pas à l'encontre de sa volonté. En effet, en vertu des dispositions du *Children (Scotland) Act 1995*, « *l'enfant qui s'est vu reconnaître la capacité d'agir ou de défendre dans une procédure civile peut néanmoins consentir à être représenté à l'instance par les personnes qui, dans les circonstances où il n'aurait pas bénéficié d'une telle capacité, seraient titulaires d'un tel pouvoir à son égard* » <sup>4</sup>.

**918.** Par cette disposition le droit écossais tout en allant jusqu'au bout d'une logique visant à permettre à l'enfant d'exercer les droits qui sont les siens dès lors qu'il sera doté de la capacité naturelle à le faire, préserve néanmoins le statut particulier de l'enfance et sa vulnérabilité, en offrant à cet enfant la possibilité de ne pas exercer la capacité qui lui a été reconnue. Cette disposition ne remet pas en

---

adoptée par le Bureau écossais de l'Aide Juridictionnelle, qui tend à restreindre l'octroi de l'aide juridictionnelle aux enfants, dès lors que leur demande est identique à celle d'une des parties à la procédure, contrevient aux dispositions des articles 6 et 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

<sup>1</sup> Sur ce point voir *supra* n° 409 et s.

<sup>2</sup> Section 11(7)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>3</sup> « *There was no need to sist E as a party where her views were exactly the same as W's* », *Henderson v. Henderson* 1997 GWD 28-1388.

<sup>4</sup> « *Where a child has legal capacity to sue, or defend, in any civil proceedings, he may nevertheless consent to be represented in those proceedings by any person who, has the child lacked that capacity, would have had the responsibility to act as his legal representative* » section 15(6) du *Children (Scotland) Act 1995*

cause la capacité acquise de l'enfant, dans la mesure où lui seul peut consentir à être représenté à l'instance. Aussi, cette disposition ne peut pas s'exercer contre sa volonté. Nous nous trouvons alors dans une situation inédite pour un juriste français dans laquelle l'enfant capable, qui cependant refuse de prendre une part active à la procédure civile à laquelle il est partie, va donner mandat à ses représentants légaux <sup>1</sup> d'agir en son nom et pour son compte au cours de l'instance.

**919.** Le respect de la personne de l'enfant et de ses droits qui émane de ces dispositions, nous offre un exemple d'équilibre entre capacité et protection. Celui-ci nous ouvre des perspectives tout à fait intéressantes au regard du statut procédural pouvant être reconnu au mineur.

**920.** Néanmoins, les conséquences en pratique du jeu de la présomption de capacité procédurale en faveur de l'enfant de douze ans, sont toutefois à nuancer. En effet, et c'est heureux, sa mise en œuvre n'a pas été à l'origine d'une déferlante d'affaires opposant les enfants à leurs parents dans le cadre de procédures judiciaires <sup>2</sup>. De plus, il nous faut ajouter à ce tableau que si le *sheriff* ne dispose pas, à la différence du juge anglais <sup>3</sup>, du pouvoir de contrôler l'appréciation de la capacité de discernement de l'enfant réalisée par l'avocat, il n'en conserve pas moins le pouvoir discrétionnaire de désigner un *curator ad litem* à l'enfant de moins de seize ans, pour représenter ses intérêts dans la procédure <sup>4</sup>.

**921.** Cette faculté du juge peut s'exercer quelle que soit la capacité de discernement qui a, par ailleurs, pu être reconnue à l'enfant <sup>5</sup>. Cette faculté apparaît à nos yeux non comme un moyen de contrôle de l'action de l'enfant, puisque le juge ne dispose pas de la possibilité de la freiner <sup>6</sup>, mais comme un moyen de garantir une certaine efficacité à la procédure judiciaire. En effet, le rôle du *curator ad litem* est de représenter l'intérêt de l'enfant dans la procédure. Son intervention ne s'impose pas dans le cadre des procédures relatives aux droits et

---

<sup>1</sup> Les parents sont les premiers visés par ces dispositions, sur ce point voir *supra* n° 24.

<sup>2</sup> A. Cleland & E. E. Sutherland, *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, para. 10.57, p. 193.

<sup>3</sup> Cf *supra* n° 886.

<sup>4</sup> « *Nothing in this Act shall affect any existing rule of law or practice whereby the court may in any civil proceedings, appoint a curator ad litem to a person under the age of 16 years* », section 1(3)(f)(ii) du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>5</sup> Voir sur ce point A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.11, p. 481.

<sup>6</sup> Le juge ne peut en effet remettre en cause l'appréciation de la capacité de l'enfant réalisée par l'avocat, voir *supra* n° 920. Il ne peut donc en aucun cas écarter la participation de l'enfant à la procédure si c'est le souhait de ce dernier.

devoirs parentaux <sup>1</sup>, même si rien n'interdit au *sheriff* de procéder à sa désignation en vertu des dispositions du *Age of Legal capacity (Scotland) Act 1991* <sup>2</sup>.

**922.** En effet, en droit écossais, comme en droit anglais, dans les procédures concernant l'enfant, son bien-être (*welfare*) est le critère devant guider la décision du juge <sup>3</sup>. Aussi, tous les moyens propres à faciliter sa détermination peuvent être mis en œuvre. Le *curator ad litem* peut alors être un interlocuteur supplémentaire du juge lorsque ce dernier se trouve confronté à des difficultés pour l'appréciation de cet intérêt. Néanmoins, la désignation d'un *curator ad litem* dans la procédure n'enlèvera rien à la capacité procédurale reconnue au mineur. Le *curator ad litem* viendra alors apporter une voix nouvelle à l'intérêt de l'enfant ou bien viendra renforcer une des positions en présence au regard de son appréciation. Là encore, cette faculté résiduelle offerte au juge de désigner un *curator ad litem* à l'enfant dans l'ensemble des procédures civiles apparaît comme un moyen d'équilibrer capacité et protection de l'enfant dans les procédures judiciaires

**923.** La capacité procédurale de l'enfant, si elle n'est pas liée à l'effet de son âge, peut dans certaines circonstances naître de la situation personnelle du mineur, qui produira un effet émancipateur en la matière.

## B. La capacité procédurale acquise en raison de la situation personnelle du mineur

**924.** Dans un certain nombre de circonstances, l'enfant peut bénéficier d'une capacité procédurale propre qu'il exercera directement sans représentation ni assistance. Il apparaît alors que les trois systèmes étudiés aient fait le choix d'accorder une certaine capacité procédurale au mineur parent, notamment à l'égard des actions en justice qu'il serait amené à intenter au nom de son enfant (1). En dehors de cette position unanime, certaines capacités procédurales attachées à la nature de la procédure engagée peuvent être mises en évidence dans chacun des trois systèmes envisagés (2).

---

<sup>1</sup> Sa désignation n'est qu'une faculté pour le juge. Voir *supra* n° 424 et s.

<sup>2</sup> Section 1(3)(f)(ii) du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>3</sup> Section 11(7)(a) du *Children (Scotland) Act 1995*.

### 1. La capacité procédurale spéciale du mineur parent

**925.** La maternité et la paternité peuvent en matière procédurale avoir un effet émancipateur. Ainsi, dans le système écossais et dans une moindre mesure dans le système français, cet état fait acquérir au mineur une capacité procédurale autonome.

**926.** En effet, le **droit écossais** prévoit expressément que les dispositions du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, qui accordent au mineur écossais une capacité pleine et entière à compter de l'âge de seize ans, ne sauraient faire obstacle à l'exercice par un mineur plus jeune de ses droits et devoirs parentaux à l'égard de son propre enfant <sup>1</sup>. Les droits et devoirs parentaux en droit écossais comprennent expressément le pouvoir d'agir en tant que représentant légal de l'enfant <sup>2</sup>, ce qui implique que le mineur parent quel que soit son âge dispose d'une capacité procédurale pleine et entière au regard des actions en justice qu'il pourrait intenter ou défendre au nom de son enfant.

**927.** De plus, la section 1(3)(g) du *Age of Legal capacity (Scotland) Act 1991* renvoie expressément aux droits et devoirs parentaux tels qu'ils sont visés par les sections 1(3) et 2(4) du *Children (Scotland) Act 1995*. Ces dispositions générales donnent aux titulaires des droits et devoirs parentaux « *le pouvoir d'agir ou de défendre dans toutes les procédures judiciaires dont ils seraient l'objet* » <sup>3</sup>. Ainsi, si à l'instar du droit français, la maternité et la paternité n'émancipent pas <sup>4</sup>, le mineur écossais acquiert néanmoins par le statut de parent une capacité procédurale pleine et entière lui permettant de défendre en justice, en son nom personnel, les droits et devoirs parentaux dont il est titulaire.

---

<sup>1</sup> « *Nothing in this Act shall prevent any person under the age of 16 years from exercising parental responsibilities and parental rights (within the meaning of section 1(3) and 2(4) respectively of the Children (Scotland) Act 1995) in relation to any child of his* », section 1(3)(g) du *Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>2</sup> Sections 1(1)(d) et 2(1)(d) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>3</sup> « *The responsibilities/rights mentioned in paragraph (a) to (d) of subsection (1) above are referred to as « parental responsibilities/parental rights » and the parent, or any person acting on his behalf, shall have title to sue, or to defend, in any proceedings as respects those responsibilities/rights* » respectivement sections 1(3) et 2(4) du *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>4</sup> Ainsi le mineur écossais parent voit sa capacité juridique déterminée par les dispositions du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, il n'acquiert pas du fait de son état une capacité personnelle plus importante. Sur ce point voir A. B. Wilkinson & K. McK Norrie, *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edimbourg 1999, para. 15.26, p. 488.

**928.** En **droit français**, le mineur parent bénéficie d'un statut particulier et plus incertain quant à sa capacité procédurale. En effet, le mineur parent acquiert une capacité procédurale relative qui ne trouvera à s'appliquer sans conteste qu'à l'égard de deux procédures judiciaires. L'action en recherche de paternité <sup>1</sup> et, par voie de conséquence, l'action à fin de subsides <sup>2</sup>, sont des actions en justice attitrées qui appartiennent exclusivement à l'enfant <sup>3</sup>, et pendant la minorité de celui-ci à sa mère, sans considération de capacité. Ainsi, la mère mineure dispose de la capacité d'intenter directement ces actions en justice, au nom de son enfant, sans représentation, ni autorisation du juge des tutelles <sup>4</sup>. Celle-ci dispose ainsi d'un droit d'action autonome, dès lors qu'elle a auparavant ou au cours de l'instance établi un lien de filiation avec l'enfant <sup>5</sup>.

**929.** Les actions en recherche de paternité et à fin de subsides sont intentées directement à l'encontre du père présumé <sup>6</sup>. Par analogie, et en raison de caractère éminemment personnel de ces procédures, le père présumé ne peut être représenté à l'action intentée contre lui, quand bien même il serait lui-même mineur <sup>7</sup>. Il sera partie autonome à l'instance mais pourra néanmoins bénéficier de la présence et de l'assistance à ses côtés de son représentant légal <sup>8</sup>. Les conséquences financières qu'impliquent ces actions, et notamment la condamnation du père présumé au versement de subsides ou du père déclaré au remboursement de tout ou partie des frais de maternité et d'entretien de l'enfant <sup>9</sup>, semblent devoir se régler sur le terrain de responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur <sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 340-2 du Code civil.

<sup>2</sup> L'art. 342-6 du Code civil soumet l'action à fin de subsides aux mêmes conditions que l'action en recherche de paternité. Voir également sur ce point N. Descamps, *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse Lille II 1996, p. 318 ; A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 452 p. 248.

<sup>3</sup> Art. 340-2 al. 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>4</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 12 octobre 1983, *Bull. civ.*, I, n° 230; *D.* 1984, jur., 238 note Massip.

<sup>5</sup> Voir notamment Chambéry 8 février 1994, *D.* 1995, Somm. Com., 118, obs F. Granet-Lambrechts.

<sup>6</sup> Art. 340-3 du Code civil.

<sup>7</sup> Voir notamment *Droit de la famille*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001/2002 n° 1524, p. 562 ; A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 455 p. 249.

<sup>8</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 8 janvier 1957, *J.C.P. G* 1957, II, 9903 note De Montera ; *D.* 1957, jur., 464 ; *RTDciv.* 1957, p. 316 obs. Desbois.

<sup>9</sup> Art. 340-5 du Code civil.

<sup>10</sup> Voir sur ce point A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 454, p. 249.

**930.** Ainsi, si les conditions de d'application de l'article 1384 al. 4 du Code civil sont remplies <sup>1</sup>, les parents du père mineur, présumé ou déclaré, pourront être tenus en vertu du principe de responsabilité de plein droit, au versement de ces sommes. Nous nous trouvons alors face à une des limites à la capacité juridique du mineur, à savoir sa capacité naturelle à assumer les conséquences financières de ses actes.

**931.** Si la capacité procédurale du mineur parent ne pose guère de difficultés au regard des actions en justice relatives à la filiation de son enfant, la question de savoir s'il dispose d'une capacité procédurale générale d'action au nom de son enfant pose des difficultés. En effet, doctrine et jurisprudence semblent sur ce point divisées. La question se pose donc de savoir si le mineur, lui-même soumis à la représentation légale, peut exercer cette fonction à l'égard de son propre enfant. Si le mineur exerce sans conteste l'autorité parentale sur son enfant <sup>2</sup>, le fait que cet exercice entraîne dans son sillage celui de l'administration légale soulève des difficultés.

**932.** La Cour de cassation a été saisie de cette question particulière dans un arrêt du 12 octobre 1983 <sup>3</sup> et, à cette occasion, a retenu que l'action en recherche de paternité pouvait être exercée par la mère de l'enfant, « *en sa seule qualité de mère* », excluant par là-même le fondement tiré de l'exercice de ses pouvoirs d'administrateur légal à l'égard de son enfant. Toutefois, le caractère spécifique de l'action en recherche de paternité <sup>4</sup>, enjeu de cet arrêt, exclut que nous puissions en tirer une règle d'application générale, et par là conclure à

---

<sup>1</sup> La responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur organisée par l'article 1384 al. 4 du Code civil est aujourd'hui comprise comme une responsabilité de plein droit (Arrêt Bertrand, Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 février 1997, *Bull. civ.*, II, n° 56 ; *D.* 1997, 265, note Jourdain ; *D.* 1997, somm., 290 obs. D. Mazeaud ; *J.C.P. G* 1997, II, 22848, concl. Kessous, note Viney ; *Resp. civ. et ass.* 1997, chron., 9 par Leduc ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 572, note Chabas ; *Dr. fam* 1997, n° 83 note Murat, (1<sup>re</sup> espèce) ; *Petites Affiches* 29 octobre 1997 note Galliou-Scanvion), sous réserve de l'exercice par les parents de l'autorité parentale et de leur cohabitation avec l'enfant. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de cette notion en faveur d'une cohabitation juridique avec l'enfant et non matérielle, « *résultant de la résidence habituelle de l'enfant au domicile des parents ou de l'un d'eux* » (Cass. Civ. 2<sup>e</sup> 20 janvier 2000, *Bull. civ.*, II, n° 14 ; *D.* 2000, somm., 469, obs. D. Mazeaud ; *J.C.P. G* 2000, II, 10374, note Gouttenoire-Cornut ; *J.C.P. G* 2000, I, 241, obs. Viney ; *Resp. civ. et ass.* 2000, n° 146, note Groutel ; *RJPF* 2000-4/38, p. 21 note Chabas ; *Petites Affiches* 9 novembre 2000 note Dagorne-Labbe (1<sup>re</sup> esp) ; *RTDciv.* 2000, 340, note Jourdain).

<sup>2</sup> L'article 371-1 du Code civil dispose que l'autorité parentale « *appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant...* ». Aucune incapacité liée à l'âge n'a été posée par le Code civil pour son exercice. Voir également A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 456, p. 249

<sup>3</sup> *Bull. civ.*, I, n° 230, *D.* 1984, jur., 238 note Massip.

<sup>4</sup> Dans cet arrêt, la Cour de cassation fonde sa décision sur l'article 340-2 du Code civil, excluant par là même la possibilité de donner à cette solution une portée générale au regard du droit des incapacités.

l'absence de pouvoir du parent mineur au regard de l'exercice de l'administration légale, et de son corollaire le pouvoir de représentation, à l'égard de son enfant. La prise de position de la Cour de cassation, en faveur d'un exercice libre par la mère mineure de son droit d'action en recherche de paternité, ne saurait conduire à nos yeux à une restriction du pouvoir général de représentation reconnu au mineur dans le cadre des actions en justice qu'il pourrait intenter au nom et pour le compte de son enfant.

**933.** De même, toute assimilation de la situation du mineur parent à celle de l'incapable majeur parent <sup>1</sup> ne nous semble pas du tout satisfaisante. En effet, l'incapacité juridique qui frappe les majeurs corrobore une incapacité naturelle <sup>2</sup>, ce qui n'est pas le cas de l'incapacité juridique applicable aux mineurs. De plus, il n'est pas rare que les mineurs parents se trouvent proche de la majorité, et qu'ils bénéficient des facultés de discernement nécessaires à l'exercice de leurs droits.

**934.** Par conséquent, le mineur parent ne saurait être *a priori* privé de l'exercice de l'administration légale à l'égard de son enfant et du pouvoir de le représenter notamment en justice <sup>3</sup>. Dans l'hypothèse où le parent mineur est marié, il n'existe aucune difficulté dans la mesure où le mariage émancipe <sup>4</sup>. Le parent mineur marié n'est plus frappé d'incapacité et dispose donc d'une capacité procédurale pleine et entière qu'il pourra exercer pour lui-même ainsi qu'au nom et pour le compte de son enfant mineur.

**935.** Dans l'hypothèse la plus fréquente où le mineur parent n'est pas marié, il nous faut distinguer deux situations. Soit l'enfant n'a été reconnu que par un seul de ses parents, en général la mère mineure, celle-ci se trouvera alors seule investie de l'exercice de l'autorité parentale à son égard <sup>5</sup>. Dans cette hypothèse, l'administration légale des biens de l'enfant est placée sous contrôle judiciaire <sup>6</sup>, ce qui offre une garantie suffisante à l'enfant tout en permettant à la mère mineure

---

<sup>1</sup> Voir la position de N. Descamps dans sa thèse *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse Lille II 1996, p. 321. L'auteur préconise l'ouverture systématique d'une tutelle aux biens de l'enfant. Le mineur ne restant titulaire que de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de son enfant, à l'instar de la solution retenue dans l'hypothèse de parents incapables majeurs. Voir notamment TI saint-Omer, 3 mai 1989, *J.C.P. G* 1990, II, 21514, note Fossier.

<sup>2</sup> Cette incapacité naturelle doit avoir été médicalement constatée. Art. 493-1 et 509 du Code civil. Cass. civ. 1<sup>re</sup> 15 juin 1994, *Bull. civ.*, I, n° 213, *D.* 1995, jur., 37 note Massip.

<sup>3</sup> Voir en ce sens J. Rubellin-Devichi, « Le droit français est-il adapté aux adolescents », *Dr. Enf. Fam.* 1991/2, p. 126 ; A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 456, p. 250. *Contra* voir notamment N. Descamps, *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse Lille II 1996, p. 321.

<sup>4</sup> Art. 476 du Code civil.

<sup>5</sup> Art. 372 du Code civil.

<sup>6</sup> Art. 389-2 du Code civil.

d'exercer les droits qui sont les siens. Il nous faut noter toutefois que cette garantie ne s'exerce pas à l'égard des actions en justice relatives aux droits patrimoniaux de l'enfant, lesquelles ne font pas partie des actes soumis à autorisation<sup>1</sup>. Ainsi, la mère mineure exercera dans ce domaine une capacité procédurale sans contrôle dans le cadre des procédures auxquelles son enfant pourrait être partie.

**936.** Dans l'hypothèse où les deux parents ont reconnu l'enfant dans l'année qui suit sa naissance, les deux parents exerceront en commun l'autorité parentale<sup>2</sup>, et l'administration légale sera pure et simple<sup>3</sup>. Par conséquent, les deux seront représentants légaux du mineur et ils disposeront à ce titre d'une capacité procédurale, qui s'exercera sans contrôle, leur permettant de défendre en justice les droits de leur enfant.

**937.** Le caractère paradoxal de cette situation apparaît flagrant à l'heure actuelle dans la mesure où aujourd'hui, le mineur parent ne dispose pas pour lui-même d'une telle capacité procédurale. En effet, celui-ci reste soumis au régime de la représentation dans le cadre des procédures judiciaires auxquelles il serait partie à titre personnel. Cette situation conduit une partie de la doctrine à plaider en faveur d'une intervention législative visant à autoriser le mineur parent à solliciter auprès du juge des tutelles son émancipation<sup>4</sup>, ce pouvoir demeurant encore aujourd'hui une prérogative parentale<sup>5</sup>.

**938.** En **droit anglais**, il n'existe pas de disposition spécifique applicable au mineur parent. Il dispose par conséquent, au même titre que s'il était majeur, de la possibilité d'exercer la responsabilité parentale à l'égard de son enfant. Une limite existe cependant à l'encontre de cet exercice par le père, dans la mesure où dans l'hypothèse la plus fréquente chez les mineurs, à savoir une naissance hors mariage, seule la mère de l'enfant acquiert la responsabilité parentale de manière

---

<sup>1</sup> Art. 389-6 et 456 et 464 al. 3 du Code civil. Seules les actions en justice relatives à des droits extra-patrimoniaux sont soumises à autorisation.

<sup>2</sup> Art. 372 du Code civil. Il est à noter qu'avec la réforme introduite par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, cette hypothèse n'est plus une hypothèse d'école. En effet, en faisant disparaître la condition de cohabitation qui existait auparavant, deux parents mineurs vivant chacun respectivement au domicile de leurs parents pourront désormais exercer en commun l'autorité parentale à l'égard de leur enfant, à la seule condition qu'ils l'aient tous les deux reconnu dans l'année de sa naissance.

<sup>3</sup> Art. 389-1 du Code civil.

<sup>4</sup> Voir notamment A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 460, p. 250-251.

<sup>5</sup> Art. 477 al. 2 du Code civil.

automatique<sup>1</sup>. Par conséquent, il semble en pratique peu probable que le père mineur dispose en droit anglais d'un quelconque pouvoir de représentation à l'égard de son enfant, faute pour lui d'être titulaire de la responsabilité parentale.

**939.** Dès lors que la mère mineure exerce la responsabilité parentale à l'égard de son enfant, aucune disposition légale ne vient restreindre sa capacité d'agir au nom et pour le compte de son enfant en raison de son incapacité. Il nous faut cependant garder à l'esprit qu'en droit anglais, l'exercice de la responsabilité parentale peut être partagé<sup>2</sup> et que par conséquent les titulaires de la responsabilité parentale à l'égard d'un même enfant peuvent être multiples. Aussi, il nous semble fort probable que dans ces circonstances qu'un tiers, ou les services sociaux, puisse exercer les pouvoirs liés à la responsabilité parentale concurremment avec la mère mineure si l'intérêt de son enfant le requiert<sup>3</sup>.

## *2. La capacité procédurale spéciale attachée à la nature de l'action envisagée*

**940.** Les principes posés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH) s'appliquent à l'enfant de manière identique dans les trois systèmes étudiés. Par conséquent, dans les **droits français, anglais et écossais**, en vertu des dispositions de l'article 25.1 de la CEDH, l'enfant, au même titre que « *toute personne physique* », dispose d'un droit d'action propre et autonome en cas de « *violation par l'une des Hautes parties contractantes des droits reconnus dans la Convention* ».

**941.** L'enfant se voit donc reconnaître la capacité de saisir directement la Commission européenne des droits de l'Homme, sans représentation, ni même autorisation de son représentant légal, d'une violation de ses droits fondamentaux<sup>4</sup>. Ce droit de saisine reconnu à l'enfant n'est soumis qu'à la

---

<sup>1</sup> Section 2(2)(a) du *Children Act 1989*.

<sup>2</sup> Voir *supra* n° 46.

<sup>3</sup> Pour plus de détails sur l'exercice de la responsabilité parentale en droit anglais voir *supra* n° 40 et s.

<sup>4</sup> Sur ce point voir M. Buquicchio-De-Boer, *Les enfants et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Document du Conseil de l'Europe, mai 1990, p. 1 ; A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 444 et s., p. 243 et s. ; N. Descamps, *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse Lille II 1996, p. 326 ; A. Gouttenoire, « Mineur », *Rep. pr. civ. Dalloz* 2003, n° 197 et s. ; J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 51 et s.

condition de l'épuisement des voies de recours internes<sup>1</sup> tant par son action personnelle que par celle de son représentant légal<sup>2</sup>. L'action doit être intentée dans les six mois à compter de la date à laquelle la décision des juridictions nationales sera devenue définitive<sup>3</sup>.

**942.** L'enfant qui saisit la Cour européenne des Droits de l'Homme d'une violation de ses droits fondamentaux dispose, en tant que partie à la procédure, de tous les droits et pouvoirs liés à l'exercice de cette qualité<sup>4</sup>. Si le mineur français n'a pas eu jusqu'alors l'occasion de mettre en œuvre cette capacité procédurale<sup>5</sup>, différentes actions ont déjà été intentées directement à l'encontre du Royaume-Uni par des mineurs relativement jeunes notamment pour violation de l'article 3 de la Convention<sup>6</sup>.

**943.** Il semble cependant que la portée de cette capacité procédurale autonome reconnue au mineur soit aujourd'hui réduite, et ne trouve plus à s'appliquer que de manière très limitée en **droit anglais**. En effet, avec l'adoption du *Human Right Act 1998*<sup>7</sup>, qui intègre les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme au droit anglais, celles-ci sont devenues directement applicables en droit interne. Le droit de l'enfant à se prévaloir de ces dispositions a été bien évidemment préservé. Ainsi, depuis le 2 octobre 2000,

---

<sup>1</sup> Article 26 de la CEDH.

<sup>2</sup> Sur ce point voir A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 445, p. 244 ; A. Gouttenoire, A. Gouttenoire, « Mineur », *Rep. pr. civ. Dalloz* 2003, n° 199.

<sup>3</sup> Article 26 de la CEDH. Voir également N. Descamps, *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse Lille II 1996, p. 335.

<sup>4</sup> Pour plus de détails sur ce point voir C. Cosson, « La France et la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales », *Dr. enf. fam* 3/1992, n° spécial : Minorité et Droit international, p. 154 ; A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 445, p. 244 ; A. Gouttenoire, art. préc., n° 199.

<sup>5</sup> Recherche effectuée sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'Homme, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>6</sup> Voir notamment *Costello-Roberts v. UK* (1993) 19 EHRR 112 ; *A. v. UK (Human Rights : punishment of child)* [1998] 2 FLR 959. Ces deux affaires concernant respectivement des enfants de sept et neuf ans étaient fondées sur la violation par le Royaume-Uni de l'article 3 de la CEDH. Dans la première affaire, il s'agissait pour la Cour de déterminer si la punition corporelle infligée à l'enfant par un de ses enseignants était constitutive d'un traitement inhumain et dégradant. Cette qualification ainsi que la condamnation a été rejetée par les juges tout en admettant qu'ils se trouvaient en présence de pratiques à la limite de l'acceptable. Dans la seconde affaire, le Royaume-Uni a été condamné pour violation de l'article 3 de la Convention dans la mesure où l'État n'a pas pu assurer la protection de l'enfant contre les punitions corporelles sévères qui lui étaient infligées régulièrement par son beau-père ; celui-ci ayant été acquitté par les juridictions internes. Voir également l'affaire *Z and others v. UK* [2001] 2 FLR 612, qui condamne le Royaume-Uni sur le fondement de la violation de l'article 3 de la Convention en raison de la défaillance de l'autorité locale mise en cause dans la protection des quatre enfants requérants contre les abus et les négligences répétées dont ils ont été victimes au sein de leur famille.

<sup>7</sup> Cette loi est entrée en vigueur le 2 octobre 2000. Voir J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 50.

l'enfant anglais peut se prévaloir devant les juridictions internes d'une violation de ses droits fondamentaux, soit en raison de faits commis à son encontre par des institutions publiques ou bien en raison de la défaillance de l'État et de ses institutions à assurer leur protection contre les agissements de personnes physiques privées <sup>1</sup>.

**944.** L'intérêt d'une saisine directe de la Cour européenne des Droits de l'Homme par l'enfant, semble désormais fortement limité, dans la mesure où celui-ci peut obtenir réparation devant les juridictions nationales. Il apparaît cependant que si l'enfant bénéficie d'une capacité procédurale autonome pour la mise en œuvre de son action devant la Cour européenne, une telle capacité, n'a pas été préservée lorsqu'une telle action est intentée devant les juridictions nationales anglaises.

**945.** En effet, en vertu des dispositions de la règle 3 du *The Children and Family Court Advisory and Support Service (Reviewed Case Referral) Regulation 2004* <sup>2</sup>, le CAFCASS est désormais compétent pour représenter en justice les intérêts de l'enfant victime d'une violation de ses droits fondamentaux par les services sociaux. Il exercera à l'égard de l'enfant les compétences de *litigation friend*, et à ce titre, il sera chargé de donner des instructions à l'avocat de l'enfant, relatives à la conduite de la procédure <sup>3</sup>. Cette compétence du CAFCASS s'exercera par défaut, à moins que l'enfant n'ait fait connaître sa volonté d'exercer directement ses droits procéduraux <sup>4</sup>. Ainsi, la capacité procédurale de l'enfant anglais, au regard de la protection de ses droits fondamentaux, variera selon qu'il porte son action devant les juridictions anglaises ou bien qu'il choisisse de saisir directement les juges de Strasbourg.

**946.** En **droit français**, le mineur étranger, né et résidant en France, se voit également reconnaître une capacité procédurale autonome quant aux procédures gracieuses ou contentieuses auxquelles il serait partie dans le cadre de ses démarches d'acquisition de la nationalité française. En effet, le mineur étranger né et résidant en France, qui justifie d'une résidence habituelle sur le territoire

---

<sup>1</sup> Voir la section 6 du *Human Right Act 1998*. Sur ce point voir J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003, p. 63.

<sup>2</sup> SI 2004/2187.

<sup>3</sup> Sur la mission et les pouvoirs du *litigation friend* dans les procédures civiles anglaises voir *supra*.

<sup>4</sup> Voir *supra* n° 871 et s.

pendant cinq ans à compter de l'âge de onze ans, peut réclamer la nationalité française par déclaration lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans <sup>1</sup>. Les déclarations de nationalité sont reçues par le juge d'instance ou les Consulats <sup>2</sup>. Elles doivent être enregistrées, à peine de nullité, par le juge d'instance ou le Ministre de la Justice <sup>3</sup>.

**947.** Le mineur étranger de seize ans, né et résidant en France, dispose donc d'une capacité pleine et entière au regard de la procédure d'acquisition de la nationalité française dans la mesure où le mécanisme de représentation est écarté en ce domaine et que l'action de l'enfant n'est soumise à aucun contrôle, ni autorisation de la part de ses représentants légaux <sup>4</sup>. L'indépendance d'action du mineur au regard de l'acquisition de sa nationalité est ainsi garantie par le droit français. En effet, en raison du caractère éminemment personnel de ce choix, une autonomie totale a été consacrée tant au regard de la déclaration de nationalité française, que de la faculté de répudiation qui est ouverte au mineur lorsqu'il dispose d'un choix en la matière <sup>5</sup>.

**948.** Ainsi, le mineur qui souhaite faire déclarer sa nationalité française aura seul compétence pour agir et il lui appartiendra à ce titre, de rassembler et fournir au juge d'instance les preuves nécessaires à la réussite de son entreprise, notamment au regard de sa résidence habituelle sur le territoire français. Cette capacité procédurale a également été reconnue au mineur étranger dans le cadre des procédures judiciaires contentieuses qui pourraient être engagées en vue de la déclaration de sa nationalité française. En effet, dans le cas où les conditions de son acquisition ne satisfont pas aux exigences légales et si les autorités compétentes <sup>6</sup> refusent d'enregistrer la déclaration de nationalité remise par le

---

<sup>1</sup> Art. 21-11 du Code civil.

<sup>2</sup> Art. 26 du Code civil.

<sup>3</sup> Art. 26-1 du Code civil. La distinction entre les autorités compétentes pour enregistrer les déclarations de nationalité s'opère respectivement selon que la déclaration de nationalité a été souscrite en France ou à l'étranger.

<sup>4</sup> Voir notamment sur ce point A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 473, p. 259 ; A. Gouttenoire, « Mineur », *Rep. pr. civ. Dalloz* 2003, n° 213. Cf la position du droit français antérieurement à la réforme introduite par la loi n° 93-933 du 22 juillet 1993, qui prévoyait que cette capacité ne pouvait s'exercer qu'avec l'autorisation de son représentant légal.

<sup>5</sup> Art. 18-1, 19-4 et 22-3 du Code civil. Le mineur ne dispose d'un choix en la matière que dans trois hypothèses : s'il est né à l'étranger et qu'un seul de ses parents est français ; s'il est né en France et qu'un de ses parents y est lui-même né ; s'il a acquis la nationalité française de droit en raison de son acquisition par l'un de ses parents durant sa minorité. Dans toutes les autres circonstances le mineur ne dispose pas de choix dans ce domaine et il ne pourra agir à compter de sa majorité qu'en vertu des procédures applicables à la naturalisation et au changement de nationalité.

<sup>6</sup> Juge d'instance ou Ministre de la Justice.

mineur, ce dernier dispose alors d'un délai préfix de six mois pour contester cette décision devant le Tribunal de Grande Instance <sup>1</sup>.

**949.** Le mineur exerce « *personnellement* » son droit d'action <sup>2</sup>. Le mécanisme de la représentation est ici également écarté au profit d'une autonomie totale du mineur qui peut agir en demande ou en défense devant le juge sans même être assisté de ses représentants légaux <sup>3</sup>. Cette capacité reconnue au mineur au regard du choix de sa nationalité est tout à fait remarquable en droit français. En effet, la situation du mineur en danger mise à part <sup>4</sup>, elle constitue la seule action ouverte au mineur sans qu'il soit besoin pour lui d'obtenir ni autorisation, ni assistance de la part de ses représentants légaux.

**950.** Si les considérations liées aux obligations du service national <sup>5</sup> ne sont pas sans importance, l'âge relativement élevé du mineur qui accède à cette capacité, seize ans pour les démarches relatives à l'acquisition de la nationalité française, dix-sept ans et demi pour celles qui sont relatives à sa répudiation, permet notamment d'expliquer cette autonomie et la confiance qui lui est accordée quant à sa « *capacité à déterminer lui-même son intérêt* » <sup>6</sup>.

**951.** En droit français, la capacité du mineur en matière procédurale est également garantie dans l'hypothèse où une opposition à son mariage aurait été formée. En effet, l'article 177 du Code civil autorise les futurs époux, même mineurs, à saisir directement le Tribunal de Grande Instance d'une demande de mainlevée de l'opposition. La pérennité de cette disposition, d'une utilisation déjà rare, s'avère toutefois sujette à caution. En effet, le mariage des mineurs n'est plus autorisé en droit français, dans la mesure où l'âge légal de la capacité matrimoniale a été aligné sur celui de la majorité civile <sup>7</sup>. Par conséquent les hypothèses déjà

---

<sup>1</sup> Art. 26-3 du Code civil.

<sup>2</sup> Art. 26-3 du Code civil.

<sup>3</sup> Voir notamment sur ce point A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon 3 1994, n° 473, p. 259 ; A. Gouttenoire, « Mineur », *Rep. pr. civ. Dalloz* 2003, n° 213.

<sup>4</sup> Sur ce point voir *supra* n° 831 et s.

<sup>5</sup> En vertu des dispositions des articles L.113-1 et L.114-2 du Code du service national, tout français âgé de seize ans est tenu de se faire recenser et sera tenu de participer à la journée d'appel de préparation à la défense (instaurée par la loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national) à laquelle il sera convoqué. Cette convocation aura lieu entre la date du recensement et le dix-huitième anniversaire du jeune citoyen.

<sup>6</sup> A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 473, p. 259.

<sup>7</sup> L'article premier de la loi n° 2006-558 du 23 mars 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, modifie l'article 144 du Code civil en ce sens, « *L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* », *JO* du 5 avril 2006.

rare de mariage conclus par des personnes mineures vont disparaître, rendant a fortiori sans objet les dispositions légales relatives aux oppositions à ces mariages.

## Conclusion du Titre II

**952.** Dans les trois systèmes étudiés, lorsque l'enfant est partie à une procédure judiciaire, le principe est sa représentation à l'instance, l'exception sa participation active au déroulement de la procédure avec l'assistance d'un avocat.

**953.** Ainsi, en *common law*, l'enfant ne peut être impliqué dans une procédure civile sans y être représenté par un adulte qui agira en son nom. Depuis 1999, et l'entrée en vigueur de la réforme de la procédure civile, le *litigation friend* a pour mission de protéger l'enfant dans le déroulement de la procédure. Cette fonction peut être exercée par toute personne majeure, disposant des compétences nécessaires pour conduire impartialement une procédure judiciaire au nom et pour le compte de l'enfant, et n'ayant pas d'intérêts opposés à lui dans la procédure.

**954.** Il apparaît alors qu'en droit anglais, le pouvoir de représenter l'enfant en justice n'a jamais été envisagé comme une prérogative attachée à l'exercice de pouvoirs parentaux. C'est une fonction. Toute personne remplissant les conditions pour l'exercer peut de sa propre initiative, ou par décision de justice, être le *litigation friend* d'un enfant partie à une instance.

**955.** Néanmoins, la *common law* accorde aux parents le droit d'exercer cette fonction en priorité. En effet, aujourd'hui, l'acte introductif d'une instance à laquelle est appelée leur enfant leur est obligatoirement notifié, que l'enfant soit défendeur ou demandeur à l'instance. Il apparaît alors que les parents de l'enfant ne sont pas nécessairement à l'origine de l'instance. La faculté d'agir au nom et pour le compte de l'enfant leur est ouverte. Le droit anglais leur accorde une simple préférence dans l'exercice de cette fonction, laquelle peut valablement être exercée par une personne qui n'est pas titulaire de la responsabilité parentale sur l'enfant (beau-parent, assistant familial...). L'opposition d'intérêts avec l'enfant fait obstacle à l'exercice de cette fonction. À défaut d'agir dans l'intérêt de l'enfant, le *litigation friend* pourra, sur décision de justice, être démis de ses fonctions et remplacé.

**956.** Dans les droits français et écossais, en revanche, le pouvoir de représenter l'enfant en justice apparaît comme une prérogative attachée à l'exercice de l'autorité parentale, et qui dépend par conséquent de la qualité de parent. En aucun cas, l'exercice de ce pouvoir n'est compris comme une fonction qui pourrait être exercée par quiconque.

**957.** En droit français, seul l'administrateur légal, et le tuteur, peuvent représenter les intérêts de l'enfant en justice. Les parents ne pourront être privés de l'exercice de ce pouvoir que lorsque leur autorité parentale est elle-même remise en cause, ou bien de manière ponctuelle lorsque leurs intérêts sont en opposition avec ceux de l'enfant. Hormis pour la réalisation de quelques actes spécifiques, la conduite de l'action par le représentant est libre. Il lui appartiendra d'agir en bon père de famille pour la défense de l'intérêt de l'enfant. À défaut, sa responsabilité pourra être engagée.

**958.** En droit écossais, les parents sont également les représentants légaux de l'enfant. Le *Children (Scotland) Act 1995* a en effet, instauré une primauté parentale dans l'exercice de ce pouvoir. Il n'existe aucune limite légale à l'exercice de ce pouvoir par les parents, hormis la protection du bien-être de l'enfant. Dans ce cadre, il leur appartient d'apprécier la manière dont la procédure doit être conduite.

**959.** L'existence d'un conflit d'intérêt entre l'enfant et son représentant légal limite l'exercice par ce dernier de son pouvoir de représentation. Dans ce cas, le juge désigne à l'enfant un *curator ad litem*. Celui-ci est alors spécialement chargé de représenter les intérêts de l'enfant dans la procédure. Dans ce système, le pouvoir parental de représentation se trouve également limité par la capacité acquise par le mineur. En effet, le pouvoir de représentation légale cesse automatiquement lorsque l'enfant atteint l'âge de seize ans.

**960.** Par ailleurs, le droit écossais offre à l'enfant discernant la possibilité de donner directement des instructions à son avocat. Dans ce système la capacité de discernement est présumée chez l'enfant à compter de l'âge de douze ans. En vertu des dispositions du *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, de la capacité à donner des instructions à un avocat découle la capacité d'agir et de défendre seul dans les instances civiles.

**961.** Sans toutefois que cela ne produise un effet couperet, l'acquisition par le mineur de la capacité procédurale, et sa volonté de l'exercer, prive les parents de leur pouvoir de représentation légale. Aucun effet automatique n'a cependant été instauré dans la mesure où le mineur discernant, et partant doué de la capacité procédurale, peut consentir à se faire représenter par ses parents dans le cadre d'une instance civile.

**962.** La représentation de l'enfant en justice, lorsqu'elle n'est pas exercée par ses parents sera confiée à une personne spécialement désignée. Le droit anglais a confié cette mission à un professionnel de la représentation de l'enfant, le *children's guardian*, qui agira de concert avec l'avocat de ce dernier. Son intervention, dans les instances civiles, a été généralisée et est aujourd'hui loin d'être exceptionnelle.

**963.** Une distinction doit néanmoins être faite, dans ce système, entre la représentation de l'enfant dans les procédures familiale et la représentation de l'enfant dans les procédures civiles ordinaires. Au sein des procédures familiales, une autre distinction est à opérer entre les *public law proceedings*, qui visent à la protection de l'enfant (*care proceedings*), et les *private law proceedings* qui visent, de manière plus générale, à l'organisation de la vie familiale.

**964.** Dans le cadre des *public law proceedings*, l'enfant bénéficie automatiquement du statut de partie à la procédure et ce dès l'introduction de l'instance. Il n'est cependant pas une partie autonome. Il est représenté tout au long de la procédure par un *children's guardian*. La désignation du *children's guardian* est automatique dans le cadre des procédures qui visent à la protection de l'enfant, et compte tenu de la nature particulière de ces procédures, en toute logique, les parents ne peuvent exercer cette fonction.

**965.** À la différence du droit français, en droit anglais, l'enfant en danger ne bénéficie pas de la capacité procédurale. Sa représentation à l'instance est assurée par un tandem *children's guardian* – avocat. Il appartient au *children's guardian* de représenter l'intérêt de l'enfant dans la procédure et de renseigner le juge sur les mesures les plus appropriées à la protection de cet intérêt. L'avocat représente l'enfant dans la procédure, et reçoit ses instructions du *children's guardian*. C'est à ce dernier que revient la conduite de la procédure et à qui il appartient de décider des actions à entreprendre au nom de l'enfant.

**966.** Le tandem *children's guardian* – avocat, tel qu'il existe en droit anglais, est bien souvent présenté comme le système le plus conforme aux dispositions des conventions internationales relatives aux droits de l'enfant. Il apparaît cependant en pratique que le jeu de ce tandem conduise à l'exclusion de l'enfant-partie du déroulement de la procédure.

**967.** En Angleterre, les juges sont en pratique très réticents à rencontrer l'enfant dans le cadre d'une procédure judiciaire, y compris lorsque celle-ci vise à sa

protection. Ainsi, dans la plus grande majorité des instances, les juges estiment que l'intérêt de l'enfant est suffisamment protégé et sa personne correctement représentée par son *children's guardian*. La participation active de l'enfant à la procédure reste soumise à autorisation judiciaire.

**968.** Il est à noter cependant que les procédures relatives à la protection de l'enfance ne relèvent pas, à la différence du droit français, d'une juridiction spéciale. Ces questions sont réglées par des juges de droit commun, statuant en audience ordinaire, ce qui peut, à nos yeux, justifier les réticences qui existent en droit anglais, vis-à-vis de la participation active de l'enfant à la procédure. La pertinence de toute autre justification à cette réticence, nous semble plus que sujette à caution, et emprunte du paternalisme le plus inapproprié.

**969.** L'exclusion de l'enfant du déroulement des procédures qui visent à sa protection, et auxquelles il est partie, est aujourd'hui critiquée en droit anglais par une partie de la doctrine, au point de vue de laquelle nous adhérons. Il apparaît, toutefois, que l'enfant puisse donner directement des instructions à son avocat lorsqu'en plus du discernement nécessaire à cette participation, il soutient une position *a priori* en contradiction avec les recommandations faites par son *children's guardian*. Néanmoins, une fois qu'un *children's guardian* aura été désigné à l'enfant, ce dernier ne pourra pas obtenir en justice qu'il soit mis fin à ses fonctions.

**970.** Par conséquent, il apparaît que le degré d'implication de l'enfant dans les *care proceedings* soit laissée à la discrétion de son *children's guardian* et de son avocat. Aussi, il nous est difficile de dresser un tableau des pratiques en la matière. Toutefois, il semble ressortir des enquêtes qui ont pu être menées en ce domaine, que les enfants soient très peu impliqués dans les procédures qui visent à leur protection et souffrent d'un manque d'accès aux éléments du dossier les concernant. De manière assez paradoxale, il apparaît notamment, que leur accès au rapport fait au juge par le *children's guardian* est très limité et soit soumis au bon vouloir de ce dernier. En effet, à la différence de l'obligation qui pèse sur le *children and family reporter*, de communiquer certains éléments de leur rapports à l'enfant, celle-ci n'existe pas à l'égard du *children's guardian*. L'enfant est alors tributaire des initiatives personnelles prises par celui-ci. Le droit anglais a fait le choix de ne pas donner au mineur en danger une capacité procédurale pleine et entière, et ce au plus grand détriment de ce dernier.

**971.** Dans le cadre des procédures familiales qui, de manière plus générale, sont relatives à l'organisation de la famille, les *private law proceedings*, l'enfant ne bénéficie pas automatiquement de la qualité de partie à la procédure. Toutefois, s'il est amené à intervenir dans le cadre d'une instance de cette nature, plusieurs possibilités s'ouvrent quant à sa représentation. En effet, il peut être représenté par un *children's guardian*, ou par un représentant dépendant des services de l'*official solicitor* ou du *CAFCASS Legal*.

**972.** Dans le cadre de *private law proceedings*, la désignation d'un *children's guardian* à l'enfant dépend de l'octroi à ce dernier de la qualité de partie à la procédure. L'octroi de ce statut n'est cependant, à la différence du droit français, pas régi par des règles procédurales strictes. L'intérêt de l'enfant sera le facteur déterminant en la matière. L'octroi de la qualité de partie à l'enfant est opérée sur recommandations du *children and family reporter* ou bien à l'initiative du juge si l'intérêt de l'enfant le commande. L'enfant devient alors partie à une procédure à laquelle il n'était, à l'origine que concerné. La qualité de partie fait alors bénéficier à l'enfant d'une représentation autonome de son intérêt dans la procédure par le jeu du tandem *children's guardian* – avocat.

**973.** Ce mécanisme d'intervention de l'enfant dans la procédure le concernant a notamment été utilisé, en droit anglais, afin de répondre à des situations de conflit d'intérêts entre les parents et l'enfant. Par ailleurs, l'octroi de la qualité de partie à l'enfant vient renforcer la position de l'enfant dans le cadre d'une procédure où les pratiques judiciaires sont telles qu'il n'est quasiment jamais entendu directement par le juge.

**974.** Cette utilisation dévoyée de l'intervention de l'enfant, dans le cadre des procédures familiales, afin de renforcer la voix de l'enfant a depuis été condamnée. Des directives ont été prises pour limiter la possibilité de l'intervention aux procédures soulevant une question d'une particulière gravité, ou bien aux procédures dans lesquelles les souhaits et sentiments de l'enfant ne pourraient être établis de manière satisfaisante au moyen d'un rapport fait au juge. L'octroi du statut de partie à l'enfant dans une procédure le concernant apparaît un procédé disproportionné visant à réaliser ce, qu'à nos yeux, une audition directe de l'enfant par le juge permettrait très aisément d'obtenir. L'octroi du statut de partie à l'enfant

dans les procédures qui le concernent apparaît devoir pallier le refus de donner toute sa place à l'enfant dans ces instance.

**975.** La mise en place à l'égard de l'enfant d'un tandem *children's guardian* – avocat nous semble d'autant plus inapproprié, dans le cadre des procédures qui le concernent, que la pratique des *care proceedings* nous montre que le jeu de ce tandem conduit bien souvent à l'exclusion physique de l'enfant du déroulement de la procédure. Ainsi, la représentation de l'enfant par un *children's guardian* dans les *private law proceedings* ne nous semble pas comporter d'avantages par rapport aux dispositions qui organisent le recueil des souhaits de l'enfant par le *children and family reporter*, si elle ne permet pas une implication plus grande de l'enfant dans la procédure.

**976.** La fonction de *children's guardian* n'est pas de celle que les parents peuvent exercer. Ce tiers est un professionnel de la représentation de l'enfant dans les procédures judiciaires. Comme dans le cadre des *public law proceedings*, dans les *private law proceedings* il lui revient de désigner un avocat et de conduire la procédure. Le *children's guardian* a également pour mission de conseiller le juge dans la détermination du bien-être de l'enfant au moyen d'un rapport, dans le cadre duquel il est tenu de renseigner le juge sur les souhaits et sentiments exprimés par l'enfant.

**977.** Dans l'hypothèse où un conflit s'élèverait entre l'enfant et son *children's guardian*, l'enfant dispose dans les *private law proceedings*, à la différence des *public law proceedings*, sur autorisation judiciaire de la possibilité de demander au juge à ce qu'il soit mis fin aux fonctions du *children's guardian*. En conséquence, il pourra être autorisé à agir et défendre dans la procédure, sans représentation.

**978.** Dans le cadre des *private law proceedings*, la représentation de l'enfant dans la procédure peut également être assurée par les services de l'*official solicitor* ou du *CAFCASS Legal*, lorsque la procédure à laquelle l'enfant est partie soulève une question juridique complexe, et que les qualifications du *children's guardian* semblent insuffisantes pour garantir la meilleure représentation de l'intérêt de l'enfant.

**979.** L'*official solicitor* a pour mission première d'offrir une représentation en justice aux personnes qui autrement en seraient dépourvues. La mission des services de l'*official solicitor* a été redéfinie par le *Criminal Justice and Court*

*Services Act 2000* qui a institué le *CAFCASS*. L'*official solicitor* est aujourd'hui compétent pour représenter l'enfant partie à une procédure familiale, lorsque la fonction de représentant de l'enfant est vacante et que la question du bien-être de l'enfant sans représentant n'est pas l'enjeu de la procédure. Par exemple, lorsque deux enfants seront parties à une procédure familiale, l'*official solicitor* représentera l'enfant dont le bien-être n'est pas la considération supérieure. L'*official solicitor* peut également représenter l'enfant partie à une procédure qui n'est pas relative à son éducation ou à la gestion de son patrimoine.

**980.** Par ailleurs, une préférence est accordée à l'*official solicitor* lorsqu'il s'agit de représenter en justice les intérêts d'un enfant dont les facultés mentales sont altérées. Cette préférence joue également dans les affaires médicales qui soulèvent une question éthique et dans les procédures qui contiennent un élément d'extranéité. La compétence de l'*official solicitor* en matière de représentation de l'enfant apparaît aujourd'hui très limitée, dans la mesure où elle a été pour la plus grande partie transférée au *CAFCASS Legal*, par les dispositions du *Criminal Justice and Court Services Act 2000*.

**981.** La mission des services du *CAFCASS Legal* est de représenter l'enfant, partie à une procédure familiale, devant les juridictions supérieures, *High Court* et *County Court*. L'*officer* désigné par le *CAFCASS Legal* aura la double mission de protéger l'intérêt de l'enfant et de le représenter en justice. À la différence du *children's guardian*, il est dispensé de l'obligation de désigner un avocat à l'enfant.

**982.** Dans le cadre des *private law proceedings*, le *CAFCASS Legal* n'interviendra qu'une fois que le statut de partie aura été accordé à l'enfant notamment en raison du caractère insuffisant de la représentation de son intérêt au moyen du rapport qui sera présenté par le *children and family reporter*. Ainsi, le *CAFCASS Legal* a vocation à représenter l'enfant dans les procédures soulevant une question juridique d'une particulière difficulté.

**983.** L'intervention du *CAFCASS Legal* dans le cadre des procédures familiales reste limitée et exceptionnelle. Toutefois, avec l'entrée en vigueur des dispositions de l'*Adoption and Children Act 2002*, sa compétence est sortie du cadre exclusif des procédures familiales.

**984.** Dans le cadre des procédures civile ordinaires, avec l'entrée en vigueur de la réforme de la procédure civile en 1999, les fonctions de *guardian ad litem* et de *next friend* ont été regroupées sous la dénomination commune de *litigation friend*. Ainsi, en droit anglais, l'instance civile à laquelle l'enfant est partie doit être conduite par un *litigation friend*. L'enfant, à titre exclusif, peut néanmoins solliciter auprès du juge une dispense de représentation. L'octroi de cette dispense ne revêt, toutefois, pas un caractère définitif dans la mesure où, le juge conserve la possibilité de nommer un *litigation friend*, à tout moment au cours de la procédure, si l'intérêt de l'enfant le commande.

**985.** La désignation d'un *litigation friend* est une étape préliminaire à l'introduction de l'instance, et il appartient au demandeur en justice de solliciter cette désignation dans l'hypothèse où il agirait contre un mineur. Le *litigation friend* peut-être désigné par décision de justice. Néanmoins, cette fonction peut aussi être exercée par toute personne majeure, disposant des compétences nécessaires pour conduire impartialement une procédure judiciaire au nom et pour le compte de l'enfant, et s'étant engagé à payer les frais inhérent à la procédure.

**986.** Le droit anglais accorde aux parents la préférence dans l'exercice de cette fonction. Néanmoins le panel de représentants potentiels de l'intérêt de l'enfant en justice est vaste, et comprend les proches de l'enfant, les tiers ou encore les personnes ayant *de facto* pris en charge l'enfant.

**987.** Avec l'entrée en vigueur de l'*Adoption and Children Act 2002*, le *CAFCASS* peut être amené à exercer les fonctions de *litigation friend* dans le cadre d'une procédure civile ordinaire, à l'égard d'enfants confiés aux services sociaux, si le suivi ou la révision de leur dossier de prise en charge donne lieu à une instance. L'affaire sera déférée au *CAFCASS* lorsque les procédures habituelles de résolution des problèmes liés à la prise en charge des enfants auront échouées et qu'il existe un risque d'atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant par les services sociaux. L'enfant pourra, cependant, choisir de ne pas être représenté à la procédure est d'être simplement assisté par un avocat.

**988.** La mission du *CAFCASS* en tant que *litigation friend* sera de conduire la procédure au nom de l'enfant et de donner des instructions à son avocat. Toutefois, en raison de la nature spécifique de ces instances, il a également pour mission, à l'instar de l'administrateur *ad hoc* en droit français, l'accompagnement de l'enfant au cours de la procédure.

**989.** Si la représentation de l'enfant par un tiers, dans le cadre des instances civiles, s'est généralisée en droit anglais, dans les droits français et écossais, en revanche, elle est soumise à l'existence d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents.

**990.** En droit français, à l'initiative du juge des tutelles, ou du juge saisi de l'instance, un administrateur *ad hoc* peut être désigné à l'enfant si une opposition d'intérêt existe entre l'enfant et son représentant légal, que celle-ci soit antérieure à l'instance ou apparaisse au cours de celle-ci. Dans l'hypothèse où les parents de l'enfant sont tous les deux administrateurs légaux, la pratique semble avoir consacré l'interprétation selon laquelle l'opposition d'intérêts entre l'enfant et l'un de ses représentants légaux fait présumer l'existence d'une opposition d'intérêt subjective à l'égard de l'autre.

**991.** Quel que soit le fondement légal de sa désignation, l'administrateur *ad hoc* dispose toujours des pouvoirs du représentant légal auquel il se substitue, dans la limite des droits qui ont été reconnus à l'enfant. Sa mission est toujours ponctuelle et doit être précisée par le juge dans l'ordonnance de désignation.

**992.** Aujourd'hui, la professionnalisation de cette fonction, à l'instar du droit anglais, est à promouvoir. Le recrutement des administrateurs *ad hoc* parmi les personnes figurant sur la liste prévue à l'article R.53 du Code de procédure pénale doit être généralisé.

**993.** L'institution de l'administrateur *ad hoc* en droit français est aujourd'hui sujette à discussions doctrinales, en raison de sa dualité selon qu'il intervient dans le cadre d'une instance civile ou d'une instance pénale. Sous une dénomination malheureusement commune, deux institutions bien distinctes ont été regroupées.

**994.** Il nous apparaît en effet très clairement que selon la nature de l'instance, les conditions de leur désignation, leur domaine d'intervention tout comme la mission qui leur est confiée diffèrent. Aussi, si l'administrateur *ad hoc* pénal a vocation à intervenir dans le domaine de la protection de la personne de l'enfant et de l'autorité parentale, en revanche, l'intervention de l'administrateur *ad hoc* civil doit, à nos yeux, être restreinte au domaine de l'administration légale. Aujourd'hui, l'administrateur *ad hoc* pénal est l'institution qui régit la représentation de l'enfant victime dans les instances pénales.

**995.** Dans le cadre spécifique du procès pénal, le critère traditionnel de désignation de l'administrateur *ad hoc*, l'opposition d'intérêts, a été abandonné. Désormais, dans ces instances, il sera désigné lorsque la protection des intérêts de l'enfant n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux. L'action ou l'omission du représentant légal sont ainsi couverts par cette notion. La désignation de l'administrateur *ad hoc* est alors automatique, la discrétion du juge, à la différence de la désignation de l'administrateur *ad hoc* civil, est écartée.

**996.** Cette représentation spéciale et obligatoire vient renforcer le statut de l'enfant victime, dans le procès pénal. Le pouvoir de désignation de l'administrateur *ad hoc* pénal a été étendu au Procureur de la République et au juge d'instruction. Ceci vient à nos yeux compenser le fait qu'à la différence de l'administrateur *ad hoc* civil, l'enfant ne peut être à l'origine de la désignation de son administrateur *ad hoc* au pénal.

**997.** Par ailleurs, l'attribution de cette compétence de désignation au Parquet vient renforcer la spécificité de la mission de l'administrateur *ad hoc* dans les instances pénales. Il est le protecteur de l'intérêt de l'enfant et non plus seulement son représentant. Il intervient suite à l'échec des mécanismes de protection de l'enfance, aussi, l'intention du législateur était de faire de l'administrateur *ad hoc* pénal un véritable accompagnateur de l'enfant tout au long de la procédure, faute pour les parents d'assurer cette mission. L'administrateur *ad hoc* pénal exerce sa mission en complémentarité avec l'avocat.

**998.** Il était plus que temps de donner à l'enfant victime la garantie d'être accompagné tout au long du procès pénal en cas de défaillance parentale. Cependant, il nous apparaît qu'aux confusions qui régissent l'institution de l'administrateur *ad hoc* civil lorsqu'il est amené à intervenir dans le cadre de procédures relatives à l'autorité parentale, répondent celles qui régissent l'institution de l'administrateur *ad hoc* pénal lorsque l'on cherche à lui confier une mission éducative.

**999.** La mission de l'administrateur *ad hoc* pénal peut, lorsque l'enfant est doué de discernement, revêtir un caractère pédagogique. Mais c'est bien là à nos yeux la limite de sa mission. En aucun cas il ne devrait lui appartenir de jouer un rôle jusqu'alors dévolu aux psychologues et aux éducateurs. Ces dérives n'offrent aucunes garanties quant à la qualité du suivi éducatif entrepris et n'apporte rien à

la protection de l'intérêt de l'enfant. Elles ne peuvent être cautionnées. C'est le suivi éducatif de l'enfant victime qu'il faut garantir tout au long de l'instance et en amont, ce qui nous apparaît tout à fait incompatible avec le caractère ponctuel de la mission de l'administrateur *ad hoc*. À l'issue de l'instance pénale, la prise en charge de l'enfant doit être assurée par les mécanismes de l'assistance éducative. Ceci implique une collaboration de l'administrateur *ad hoc* avec les travailleurs sociaux dès l'introduction de l'instance.

**1000.** La multiplication du nombre des intervenants auprès de l'enfant victime dans le cadre du procès pénal n'est pas à regretter si chacun reste à sa place, et ne cherche pas à empiéter sur le champ de compétence des autres. Cette rigueur dans la pratique permettrait, à l'instar de l'institution du *curator ad litem* en droit écossais, de recentrer la mission de l'administrateur *ad hoc* pénal sur l'accompagnement du mineur dans la procédure.

**1001.** En droit écossais, les représentants de l'enfant dans le cadre des procédures judiciaires sont ses parents. Néanmoins, ils peuvent être remplacés dans l'exercice de ce pouvoir par un *curator ad litem*, ou par un *safeguarder* dans l'hypothèse où l'enfant serait déféré à un *Children's Hearing*.

**1002.** Les conditions d'intervention des *safeguarders* et des *curator ad litem* sont identiques, de même que les pouvoirs qui leur sont conférés. Seule la nature des procédures au cours desquelles ils interviennent diffèrent. Ils sont désignés par le juge si l'intérêt de l'enfant le requiert, c'est là l'unique critère de leur intervention. Si le critère de l'opposition d'intérêt est également utilisé en droit écossais, son utilisation revêt un caractère beaucoup moins strict qu'en droit français. L'opposition d'intérêt apparaît alors comme un indicateur de la nécessité de procéder à cette désignation dans l'intérêt de l'enfant.

**1003.** Compte tenu du cloisonnement des compétences de chacun, le fonctionnement de ces institutions ne pose pas véritablement de difficulté en droit écossais. À la différence de l'administrateur *ad hoc* en droit français, le *curator ad litem* et le *safeguarder* ne peuvent être désignés que dans le cadre d'une instance, et ils ne sont investis d'aucune mission générale de protection de l'enfant. Leur mission consiste à promouvoir le bien-être de l'enfant par la représentation de son intérêt dans la procédure. Ils seront les garants du respect de ses droits et de la transmission au juge de sa volonté. La conduite de la procédure et l'exercice des

voies de recours leur appartiennent. La professionnalisation de ces fonctions est, à nos yeux, une garantie supplémentaire donnée à la protection de l'intérêt de l'enfant, partie à l'instance, et au respect de sa personne.

**1004.** Si la représentation de l'enfant à l'instance reste le principe dans chacun des trois systèmes étudiés, ceux-ci permettent, dans certaines circonstances, à l'enfant, de prendre une part active à son déroulement, en supprimant l'obligation de sa représentation. Ainsi, à titre exceptionnel, l'enfant peut conduire l'instance à laquelle il est partie, et donner des instructions à son avocat.

**1005.** Dans un certain nombre d'hypothèses, les trois systèmes étudiés reconnaissent à l'enfant le statut de partie autonome à la procédure. Si en droit anglais, l'enfant en danger reste une partie représentée dans le cadre des *public law proceedings*, dans les droits français et écossais, en revanche, la situation de danger émancipe l'enfant et sa représentation est exclue dans la procédure de *Children's Hearing* et dans la procédure d'assistance éducative.

**1006.** En droit écossais, enfant délinquant et enfant en danger relèvent de la même juridiction, le *Children's Hearing*, et se voient appliquer des règles procédurales identiques. Hormis le fait, qu'à l'instar du juge des enfants en droit français, le *Children's Hearing* est à la fois compétent à l'égard des enfants délinquants et des enfants en danger, ces deux institutions ne peuvent être comparées. Composés, à titre exclusif, de citoyens membres du *Children's Panel*, les *Children's Hearing* prennent néanmoins des mesures à caractère contraignant et l'appel de leur décision doit être porté devant le *sheriff*. Le fonctionnement actuel des *Children's Hearing* nécessite un effort collectif national que les écossais semblent encore prêts à fournir. Dans ce système, pour les primo-déférés, le régime spécifique de justice des mineurs prend fin à compter de l'âge de seize ans. Les mineurs sont au-delà de cet âge renvoyés devant les juridictions de droit commun tant pour leur protection que pour leur sanction.

**1007.** La nature judiciaire de l'institution du *Children's Hearing* et de la procédure qui s'y déroule ne fait plus de difficultés aujourd'hui. L'enfant sera déféré au *Children's Hearing* s'il apparaît qu'il doit être soumis à des mesures impératives de surveillance. La représentation de l'enfant est exclue dans le cadre de cette procédure. Aussi, lors des réunions préparatoires du *Children's hearing*,

l'opportunité de faire désigner un avocat à l'enfant sera examinée. L'enfant en danger, victime ou délinquant, doit, sauf cas exceptionnels, être présent lors de l'examen de son cas par le *Children's hearing*. L'obligation de sa présence s'impose à l'enfant certes, mais a également aux autres parties à l'instance qui ne doivent pas l'entraver. Sa présence peut seulement être écartée si elle apparaît être préjudiciable à la protection de son intérêt. Dans ces circonstances une rencontre entre l'enfant est le Président du *Children's Hearing* est néanmoins organisée, afin que les motifs de saisine soient communiqués à l'enfant et que celui-ci les accepte.

**1008.** La participation active de l'enfant partie à l'audience du *Children's Hearing* n'est pas sujette à discussion en droit écossais. En effet, cette audience est orientée exclusivement vers l'enfant et est adaptée à sa présence. Il ne sera question que de lui et des mesures qu'il s'avère nécessaire de prendre à son égard. L'enfant pourra, s'il le désire, faire connaître son opinion au *Children's Hearing* avant qu'il ne se réunisse. Les mesures prises par le *Children's Hearing* ne sont pas des mesures de sanctions. En effet, y compris lorsqu'elles conduisent à un enfermement, elles sont présentées comme celles qui sont nécessaires à la protection du bien-être de l'enfant. Depuis 2002, dans le cadre de cette procédure, l'enfant peut être assisté par un avocat, spécialisé dans la représentation et l'assistance d'enfants dans les procédures judiciaire. La désignation d'un avocat à l'enfant a principalement pour objectif de lui permettre d'affirmer la présence de l'enfant notamment afin de lui permettre de participer plus activement aux débats. La présence d'un avocat nous semble par ailleurs tout à fait appropriée lors que le placement de l'enfant en centre éducatif fermé est l'enjeu de la procédure de *Children's Hearing*.

**1009.** L'enfant participe activement, et sans entraves, au déroulement de l'audience et aux débats. S'il a plus de douze ans, il se voit notifier l'ensemble des rapports qui sont présentés au *Children's Hearing*. Les enfants entre huit et douze ans pourront également y avoir accès, à leur demande. La procédure devant le *Children's Hearing* est informelle et la parole de l'enfant y est libre. Le cas échéant, si la protection de l'intérêt de l'enfant le commande, un *safeguarder*, pécialement chargé de la représentation de l'intérêt de l'enfant dans la procédure, pourra être désigné.

**1010.** En droit français, le mineur délinquant n'est pas traité de la même manière que le mineur en danger, même s'ils bénéficient tous les deux d'une autonomie procédurale. La spécificité du droit pénal mise à part, en droit français le mineur en danger se voit doté d'une capacité pleine et entière, qui s'exercera sans condition. Sans aucun conteste, en droit français, l'enfant est acteur de sa protection. En est-il pour autant acteur dans la procédure d'assistance éducative, la question nous semble se poser avec acuité aujourd'hui.

**1011.** S'il ne faisait aucun doute que l'exercice par l'enfant des droits qui ont été reconnus dans la procédure d'assistance éducative dépendait de sa capacité naturelle et de ses facultés de discernement, ceci est désormais inscrit dans la loi. Les dispositions nouvelles ne règlent cependant pas la question de la place du mineur non discernant dans la procédure visant à sa protection. En effet, dans la procédure d'assistance éducative l'enfant a, certes, le droit d'être entendu, mais il a également, au même titre que les autres parties à l'instance, le droit de se faire assister par un avocat et d'exercer des voies de recours.

**1012.** Aujourd'hui, le véritable enjeu dans la procédure d'assistance éducative est de donner à ces enfants, auxquels la faculté de discernement fait défaut, les moyens d'exercer les droits procéduraux qui sont les leurs. La réforme de l'assistance éducative n'a fait qu'entériner les pratiques existantes et consacrer l'impossibilité pour ces mineurs non discernants de se faire désigner un avocat.

**1013.** La pratique, soutenue par une partie de la doctrine, a aujourd'hui consacré l'intervention de l'administrateur *ad hoc* dans les procédures d'assistance éducative, afin d'offrir une représentation autonome à l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, il nous faut rappeler ici que si dans cette procédure les intérêts de l'enfant sont à l'évidence en opposition avec ceux de ses représentants, le critère de l'opposition d'intérêts ne trouve valablement à s'appliquer, en droit français, que pour la mise en œuvre d'un mécanisme de représentation. Or ce mécanisme a été expressément écarté dans la procédure d'assistance éducative puisque l'enfant y est une partie autonome. À titre exceptionnel, dans cette procédure spécifique, l'enfant n'est frappé d'aucune incapacité d'exercice. Il n'y a, par conséquent, pas de place pour une quelconque représentation.

**1014.** Le recours à l'administrateur *ad hoc* dans la procédure d'assistance éducative conduit à faire de cette institution un palliatif à l'incapacité naturelle du mineur, et à la faire sortir de son domaine légal d'intervention. Aujourd'hui, dans la

procédure d'assistance éducative, la tentation des juges de désigner un administrateur *ad hoc* à l'enfant, de manière systématique, au mépris de ses droits, est grande. Le vide juridique en la matière nous autorise à penser que d'autres voies existent ; lesquelles permettraient de ne pas remettre en cause la parcelle, trop fragile, d'autonomie qui a été accordée à l'enfant en la matière. Dans cette procédure, la représentation de l'enfant par un avocat a notre préférence et nous appelons à une intervention législative qui autoriserait le juge à désigner un avocat d'office à l'enfant.

**1015.** En droit français, l'avocat s'est déjà vu, par ailleurs, reconnaître un rôle particulier d'accompagnement de l'enfant dans la consultation de son dossier d'assistance éducative. La confiance que le législateur a placée dans sa capacité à être un accompagnateur objectif de l'enfant dans cette consultation doit être étendue à l'ensemble de la procédure.

**1016.** La dualité d'objectifs de la procédure d'assistance éducative, protection de l'enfant et soutien aux familles, peut conduire, à la différence du droit écossais, le juge des enfants à se dispenser de la présence de l'enfant au jour de l'audience, dès lors qu'il aura pu le rencontrer, en aval, dans la phase d'information du dossier. L'exercice de voies de recours directement par l'enfant, s'il est discernant, a été consacré à maintes reprises par la Cour de cassation. Toutefois, la notion de discernement étant devenue centrale dans la procédure d'assistance éducative, le maintien du seuil d'âge de seize ans pour la notification obligatoire du dispositif de la décision à l'enfant, nous semble devenu quelque peu anachronique.

**1017.** En dehors des procédures qui visent à sa protection, le mineur peut se voir accorder une capacité procédurale pleine et entière sur autorisation. Cette possibilité existe dans les systèmes anglais et français. Néanmoins, si cette autorisation peut être d'origine parentale à l'égard du mineur salarié en droit français elle est exclusivement judiciaire en droit anglais dans le cadre des *private law proceedings*,.

**1018.** En droit français le mineur peut à compter de l'âge de seize ans entrer dans la vie active. À cette capacité juridique à travailler, le droit attache une capacité procédurale permettant au mineur de faire valoir en justice les droits tirés de l'exercice d'une profession ou du statut d'apprenti. L'exercice de cette capacité par le mineur est néanmoins soumis à l'autorisation de ses représentants légaux.

Par l'autorisation à agir, les parents renoncent à exercer leur pouvoir de représentation sur l'enfant. Néanmoins, la protection de l'enfant n'est pas laissée pour compte dans ce processus, dans la mesure où les représentants légaux doivent assister le mineur dans l'exercice de cette capacité.

**1019.** Dans l'hypothèse d'un défaut d'autorisation parentale, celle-ci pourra être donnée par le juge à l'enfant. À titre exceptionnel, afin de préserver les intérêts de l'enfant, si les représentants légaux ne peuvent ou ne veulent assister l'enfant, il pourra néanmoins être judiciairement autorisé à plaider seul à l'audience.

**1020.** La capacité procédurale donnée au mineur en la matière est mesurée. En effet, la procédure devant les juges consulaires est proche du justiciable de sorte qu'un mineur, mature par l'exercice de sa profession, est tout à fait en mesure d'y prendre une part active.

**1021.** La technique de l'autorisation à agir est une voie qu'il nous semblerait intéressant de développer en droit français, dans la mesure où elle permet un accès raisonné du mineur à la justice. *De lege ferenda*, celle-ci pourrait être d'origine parentale, ce qui permettrait l'action de l'enfant avec le soutien et l'assistance de ses proches. Néanmoins, à défaut d'autorisation parentale celle-ci pourrait être délivrée par le juge des tutelles après appréciation de la maturité de l'enfant, et de sa capacité naturelle à entreprendre de telles démarches.

**1022.** En droit anglais, à titre exceptionnel le mineur peut demander au juge à être autorisé à agir ou défendre en justice sans *litigation friend*. Sans que cela n'apparaisse de manière expresse, la mise en œuvre de cette capacité est irrémédiablement liée à la capacité naturelle de l'enfant.

**1023.** Il apparaît cependant dans ce système que l'autorisation judiciaire à agir n'est jamais donnée à l'enfant de manière définitive. Le juge peut la remettre en cause si la protection du bien-être de l'enfant le commande. Si dans le cadre des procédures familiales l'autorisation à agir confère à l'enfant le statut de partie représentée, la représentation est cependant écartée pour les demandes de mise en œuvre, de modification ou de caducité des ordonnances de la section 8 du *Children Act 1989*. L'enfant détient ce droit concurremment avec ses parents et avec les tiers. De manière tout à fait spécifique, il devient, dans le cadre des procédures relatives à la section 8, partie autonome à la procédure.

**1024.** Néanmoins, ce statut ne sera obtenu par l'enfant qu'après l'obtention d'une autorisation judiciaire dont le formalisme apparaît difficilement compatible avec l'autonomie d'action de ce dernier. En effet, la demande d'autorisation judiciaire à agir ne peut, dans ces procédures, être introduite que par avocat. Il appartiendra, en outre, à ce dernier de vérifier la capacité de discernement de l'enfant, avant d'accepter de recevoir des instructions de sa part. Au regard de la capacité procédurale accordée au mineur, le pouvoir laissé aux avocats en ce domaine est immense. Nous pouvons cependant regretter l'absence d'uniformité dans les pratiques. Les juges, s'ils sont enclins à accorder leur confiance aux avocats dans leur appréciation du discernement de l'enfant, n'en sont pas moins légalement soumis à l'obligation de contrôler cette appréciation. En effet, le juge conserve toute sa discrétion en ce domaine. Il apparaît que la capacité naturelle de l'enfant n'est pas à elle seule déterminante et le juge peut tout à fait refuser son autorisation à un enfant discernant, si la protection de son bien-être le commande ou les circonstances de l'espèce l'exigent.

**1025.** Par ailleurs, si, dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'enfant est une partie représentée par un *children's guardian*, il peut sur autorisation judiciaire devenir partie autonome. L'octroi de cette autorisation et, *a fortiori*, de la dispense de représentation, est soumis au contrôle par le juge de la capacité naturelle de l'enfant à être partie à la procédure. Celle-ci est entendue plus largement que celle qui vise à donner des instructions à un avocat.

**1026.** La voie de l'autorisation judiciaire à agir nous semble offrir des perspectives intéressantes en droit français, dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale. Cette solution aurait, en outre, l'avantage de ne pas contribuer au dévoiement actuel de l'institution de l'administrateur *ad hoc*, lequel retrouverait alors sa juste place dans notre système. Sans remettre en cause le principe de l'incapacité du mineur, la voie de l'autorisation judiciaire est celle qui permet, à nos yeux, de concilier le plus efficacement l'indépendance d'action du mineur et sa protection. Elle permettrait de remédier à l'absence de reconnaissance d'un droit substantiel à agir dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale, tout en encadrant très strictement et avec les meilleures garanties possibles l'action de l'enfant en ce domaine.

**1027.** Dans les trois systèmes étudiés, la capacité procédurale du mineur est dans un certain nombre d'hypothèses tirée d'une situation de fait émancipatrice. Ainsi, il apparaît que l'âge ou la situation personnelle du mineur peut lui faire acquérir cette capacité.

**1028.** En droit écossais, le mineur acquiert à seize ans la pleine capacité juridique, laquelle englobe la capacité procédurale. Néanmoins, cette capacité peut lui être donnée à compter de l'âge de douze ans, en vertu de la présomption de discernement qui s'applique dans ce système aux mineurs de cet âge. Le mineur de douze ans est, en droit écossais, présumé capable de donner des instructions à un avocat. De cette capacité découle celle d'être partie autonome à une procédure judiciaire civile.

**1029.** La technique de présomption de capacité ne crée pas une prémajorité procédurale dans la mesure où son effet n'est pas automatique. La mise en œuvre de cette capacité apparaît, comme en droit anglais, soumise à la sensibilité que l'avocat consulté par le mineur aura, pour la défense de ses intérêts. Aucune uniformité ne ressort des pratiques, cependant l'âge de l'enfant apparaît être un critère déterminant de la décision d'accepter ou de refuser de recevoir des instructions de la part d'un mineur de moins de seize ans. À la différence du droit anglais, le droit écossais n'impose aucun contrôle judiciaire de l'appréciation par l'avocat de la capacité de discernement chez l'enfant. Cette capacité procédurale vaut pour toutes les instances civiles dans lesquelles l'enfant dispose d'un droit subjectif à agir mais également afin d'autoriser son intervention dans le cadre des procédures judiciaires qui le concernent. La capacité procédurale ainsi donnée au mineur apparaît par conséquent très vaste.

**1030.** Néanmoins, il nous semble que l'intervention de l'enfant dans la procédure le concernant doit être limitée aux situations dans lesquelles l'enfant a une position autonome à faire valoir. L'intervention, si elle ne vise qu'à renforcer le poids de la voix de l'enfant, que le juge est par ailleurs déjà tenu d'entendre, ne nous apparaît pas offrir d'avantages supplémentaires par rapport à l'audition de l'enfant. La possibilité d'intervention de l'enfant dans la procédure le concernant se doit d'être utilisée avec scrupules et être réservées au cas où l'enfant a une prétention qui n'est pas ou mal relayée par les parties à la procédure.

**1031.** Le droit écossais tout en ouvrant au mineur une capacité procédurale étendue préserve néanmoins la vulnérabilité de l'enfant. En effet, il reconnaît au

mineur capable le droit de préférer ne pas être impliqué dans une procédure judiciaire. Le mineur de moins de seize ans pourra ainsi donner mandat à ses anciens représentants légaux d'agir en son nom et pour son compte dans le cadre d'une instance judiciaire.

**1032.** L'étendue de la capacité procédurale ainsi reconnue au mineur, en droit écossais, se trouve toutefois limitée par le pouvoir discrétionnaire dont est investi le *sheriff*, de faire désigner un *curator ad litem* à l'enfant, si la protection de son bien-être le requiert. La capacité procédurale acquise par le mineur ne fait pas obstacle à cette désignation. Le pouvoir résiduel de désignation d'un *curator ad litem* à l'enfant apparaît, une fois encore, comme le fruit de la recherche d'un équilibre entre capacité et protection.

**1033.** Dans les trois systèmes, les autres situations de fait émancipatrices apparaissent soit liées à la maternité ou à la paternité du mineur soit attachées à la nature de la procédure engagée.

**1034.** Ainsi, les droits français, anglais et écossais sont unanimes pour reconnaître au mineur parent, la capacité d'agir en justice pour protéger les intérêts de son enfant ou encore celle de défendre en justice, en son nom personnel, les droits et devoirs parentaux dont il est titulaire.

**1035.** Par ailleurs, au titre de la capacité procédurale acquise en raison de la nature de l'instance, il est à noter que les trois systèmes reconnaissent à l'enfant un pouvoir d'action autonome pour défendre les droits fondamentaux et les libertés devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

**1036.** De manière spécifique enfin, le droit français accorde au mineur étranger la pleine capacité procédurale dans les procédures gracieuses ou contentieuses auxquelles il serait partie, dans le cadre de ses démarches d'acquisition de la nationalité française. Il est à noter que la situation du mineur en danger mise à part, cette action constitue la seule exception à l'incapacité procédurale du mineur en droit français. Le mineur étranger n'a ainsi besoin d'aucune autorisation, ni assistance pour entreprendre ses démarches.



## CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

**1037.** La capacité de l'enfant dans les procédures judiciaires doit être étudiée à la lumière des spécificités procédurales attachées à la condition d'enfant, lesquelles permettent dans chacun des systèmes la participation de l'enfant à des instances auxquelles il n'est pas partie mais qui néanmoins le concernent.

**1038.** Ainsi, les trois systèmes étudiés ont organisé la participation de l'enfant aux procédures le concernant par l'expression de son avis et sa transmission au juge ainsi que par son association, dans une certaine mesure, à la détermination de son intérêt. L'audition de l'enfant dans le cadre d'une procédure judiciaire le concernant apparaît alors non seulement comme un droit de l'enfant mais également, bien souvent, comme l'unique moyen <sup>1</sup> permettant à l'enfant de contribuer directement à la détermination de son intérêt et à la prise de décision par le juge.

**1039.** À ce titre, le droit de l'enfant discernant à être entendu doit, à nos yeux, aujourd'hui être consolidé et doit lui ouvrir, s'il le souhaite, la possibilité d'avoir un accès direct au juge, que celui-ci se fasse par oral <sup>2</sup> ou par écrit <sup>3</sup>. La technique du rapport des souhaits de l'enfant par un tiers doit être aménagée afin de garantir un rapport spécifique et objectif de la voix de l'enfant discernant au juge. Cet aménagement se justifie d'autant plus que la communication au juge, de la volonté de l'enfant est, dans les trois systèmes étudiés, une composante du rapport fait au juge de l'intérêt de l'enfant.

**1040.** Dans les trois systèmes étudiés, l'enfant non discernant ne dispose d'aucun pouvoir en matière procédurale et sa participation active à la détermination de son intérêt est exclue. Les trois systèmes étudiés ont néanmoins, chacun à sa manière, organisé la représentation de son intérêt dans la procédure par ses représentants légaux ou au moyen d'un rapport rédigé par un tiers <sup>4</sup>. Le rapport au juge de l'intérêt de l'enfant a un but informatif. C'est un outil mis à la disposition

---

<sup>1</sup> La capacité d'intervenir à la procédure le concernant, prévue en droit anglais, mise à part. Sur ce point voir *supra* n° 871 et s.

<sup>2</sup> Au moyen d'une audition directe, ou encore dans le cadre d'une audience spéciale telle que le *child welfare hearing* en droit écossais.

<sup>3</sup> Au moyen d'une communication écrite directe entre l'enfant et le juge à l'instar de l'exemple écossais.

<sup>4</sup> Enquête sociale en droit français, *welfare report* en droit anglais, rapport du *curator ad litem* en droit écossais.

du juge pour le guider dans sa prise de décision. Celui-ci doit être très clairement distingué de la représentation autonome de l'intérêt de l'enfant dans la procédure.

**1041.** Cette représentation spécifique de l'intérêt de l'enfant concerné par la procédure est mise en œuvre dans les situations les plus délicates ; dans les situations de conflit d'intérêts entre l'enfant et ses parents en droit français, ou en droit anglais dans des affaires d'une particulière complexité juridique, pour lesquelles la protection de l'intérêt de l'enfant au moyen d'un *welfare report* s'avère insuffisante. Cette représentation spécifique de l'intérêt de l'enfant dans les procédures qui le concernent pose des difficultés tant économiques que juridiques. En droit anglais, celle-ci implique l'octroi de la qualité de partie à l'enfant et sa représentation par un avocat <sup>1</sup>, et conduit à écarter l'enfant du processus décisionnel par le jeu du tandem *children's guardian* - avocat. En droit français, le recours à la représentation de l'intérêt de l'enfant par un administrateur *ad hoc* dans les procédures qui le concernent, s'il a reçu une consécration, dans la pratique, n'est juridiquement pas du tout satisfaisant et relève d'un détournement paternaliste de cette institution. Par ailleurs, la désignation d'un administrateur *ad hoc* se révèle d'une totale inefficacité dans la mesure où il est un représentant sans pouvoir, faute pour l'enfant de disposer de droits substantiels dans les procédures qui le concernent.

**1042.** Dans les droits français, anglais et écossais, l'étude de la capacité procédurale du mineur partie à l'instance est principalement celle de sa représentation. Il apparaît alors que la nature du pouvoir de représenter l'enfant en justice diffère selon le système étudié.

**1043.** En droit anglais, ce pouvoir est compris comme une fonction qui sera exercée par un *litigation friend* dans les procédures civiles ordinaires et par un *children's guardian* dans les procédures familiales. Si dans le cadre des premières, les parents bénéficient d'une préférence pour l'exercice de la fonction de *litigation friend* dans les secondes, le *children's guardian* est un professionnel de la représentation de l'enfant en justice, qui exercera sa mission en collaboration avec l'avocat de l'enfant. Ainsi, la représentation en justice de l'enfant par un tiers, bien souvent un professionnel, s'est généralisée en droit anglais, alors qu'elle reste soumise à condition dans les droits français et écossais.

---

<sup>1</sup> Laquelle est financée par l'aide juridictionnelle.

**1044.** En droit français et en droit écossais le pouvoir de représenter l'enfant en justice apparaît en effet comme une prérogative attachée à l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant. Ce pouvoir ne peut être enlevé à ses titulaires que dans l'hypothèse où les intérêts des parents sont, dans la procédure, en opposition avec ceux de l'enfant en droit français ou bien si l'intérêt de l'enfant le commande en droit écossais. Le critère de désignation de ce représentant *ad hoc* de l'intérêt de l'enfant <sup>1</sup> apparaît ouvrir plus largement son intervention en droit écossais qu'en droit français, où la notion d'opposition d'intérêt est interprétée de manière stricte.

**1045.** L'étude de la capacité procédurale du mineur ne saurait cependant être restreinte à celle de sa représentation. En effet, l'étude entreprise montre que les droits français, anglais et écossais offrent tous trois au mineur, en vertu d'un facteur émancipateur <sup>2</sup> ou d'une autorisation <sup>3</sup>, une capacité procédurale pleine et entière, dont la mise en œuvre apparaît aujourd'hui encore devoir être confortée.

---

<sup>1</sup> Administrateur *ad hoc* en droit français ou *curator ad litem* en droit écossais.

<sup>2</sup> Situation de danger, âge, maternité, exercice d'une profession, atteinte à ses droits fondamentaux, nationalité étrangère du mineur .

<sup>3</sup> D'origine parentale ou judiciaire.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

**1046.** L'étude de la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais nous a conduite à comparer trois approches différentes de la minorité. Les spécificités de chaque système en la matière, principalement tirées de leur évolution historique et juridique respectives, ne doivent pas occulter les similitudes qui existent dans l'approche juridique de la condition du mineur.

**1047.** Les systèmes étudiés font tous de la protection de l'enfant leur priorité, et si le droit accorde au mineur certaines parcelles de capacité c'est toujours avec l'idée que celle-ci est à son avantage. En effet, l'étude entreprise met en relief l'idée force que la capacité octroyée au mineur ne saurait l'être au détriment de la protection de sa personne, et dans une moindre mesure de celle de son patrimoine. À ce titre la présente étude pourrait se prolonger dans celle des pouvoirs de ses auteurs pour la gestion de son patrimoine et de leur responsabilité, que ceux-ci s'exercent dans le cadre d'une administration légale <sup>1</sup> ou d'un *trust*.

**1048.** Les trois systèmes étudiés font du mécanisme de représentation, ou plus exactement de celui de l'action pour le compte de l'enfant, la pierre angulaire du régime de la minorité. Ce mécanisme est celui qui permet l'accès du mineur au droit tant pour la réalisation d'actes juridiques ordinaires que pour la défense de ses intérêts en justice. Cependant, dans aucun des trois systèmes ce mécanisme, qui consacre l'effacement de la personne de l'enfant, n'a vocation à régir de manière absolue et dans son intégralité la période d'âge qui va de la naissance à la majorité. Les trois systèmes reconnaissent tous trois à l'enfant durant sa minorité, dans certaines circonstances, une capacité pleine et entière. Enfin, ils organisent chacun à sa manière une période tampon d'apprentissage de la capacité.

**1049.** Le régime de l'action pour le compte de l'enfant n'a pas vocation à régir l'intégralité de la période de minorité dans la mesure où des enclaves de capacité ont été reconnues à l'enfant. Par ailleurs, dans les trois systèmes étudiés des limites existent au pouvoir d'agir pour le compte de l'enfant, qui sont attachées à

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point voir notamment C. Farge, *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998.

des situations conflictuelles. En effet, il est mis un terme à ce pouvoir lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant, ou lorsque cet intérêt est en opposition avec celui des titulaires du pouvoir d'agir pour le compte de l'enfant. Dans ces circonstances le droit anglais a fait le choix d'écarter l'incapacité du mineur afin de lui permettre de défendre ses intérêts ; les droits français et écossais organisent la désignation d'un représentant légal substitué<sup>1</sup>, qui sera investit d'une mission spécifique et ponctuelle de représentation de l'enfant à l'acte ou dans le cadre d'une procédure judiciaire.

**1050.** La capacité qui est reconnue à l'enfant au cours de sa minorité ne se limite pas à autoriser la réalisation d'actes insignifiants tant sur le plan économique que juridique. La capacité une fois octroyée à l'enfant n'est pas une capacité au rabais. Le mineur capable le sera tout autant que s'il était majeur dans la limite de la protection de sa personne. En effet, à la différence du majeur, le mineur n'est pas autorisé à se mettre en danger ni à se laisser mourir. C'est là, la seule différence - et la seule justifiable - entre la capacité octroyée en minorité et la capacité acquise en vertu de la majorité.

**1051.** Ainsi, les trois systèmes se rejoignent pour relever le mineur de son incapacité pour la réalisation d'actes de la vie courante. Cette notion juridique est, sous des dénominations différentes, utilisée dans les trois systèmes afin de faire varier l'étendue de la capacité du mineur, au gré de l'évolution de la société. Cependant, lorsqu'il est question d'autoriser la réalisation d'actes de nature personnelle les solutions retenues par les trois systèmes diffèrent quelque peu. Si droit français donne au mineur, sans condition, la maîtrise totale de sa contraception et de sa liberté de procréer, les droits anglais et écossais posent expressément en la matière l'exigence de sa maturité.

**1052.** Les droits français, anglais et écossais ne font pas produire à la maturité de l'enfant des effets identiques. Celle-ci ne produit un effet émancipateur qu'en droit anglais, qui fait coïncider la capacité juridique de l'enfant avec sa capacité naturelle. En droit écossais l'effet émancipateur de la maturité est limité au domaine du consentement médical et de la capacité procédurale. En droit français enfin, la maturité chez l'enfant ne l'autorise qu'à participer à la prise de décision le concernant que celle-ci appartienne au domaine judiciaire ou extra-judiciaire, elle ne le relève pas de son incapacité d'exercice.

---

<sup>1</sup> Administrateur *ad hoc* en droit français, *curator ad litem* en droit écossais.

**1053.** Au regard de la capacité procédurale du mineur, les facteurs émancipateurs apparaissent multiples et distincts d'un système à un autre. Ainsi, dans les droits français et écossais la situation de danger dans laquelle il se trouve relève le mineur de son incapacité procédurale dans les instances qui visent à sa protection<sup>1</sup>. Les trois systèmes ont cependant en commun de donner la capacité procédurale au mineur parent, afin de lui permettre de représenter en justice les intérêts de son enfant. Par ailleurs, de manière commune aux trois systèmes, la procédure devant la Cour européenne des droits de l'Homme compte parmi celles auxquelles le mineur peut être partie dans représentation.

**1054.** En droit anglais, la maturité apparaît ainsi comme le critère fondamental de l'acquisition par le mineur d'une capacité anticipée. Le droit français et le droit écossais en revanche utilisent également les techniques de pré-majorité et de pré-capacités pour relever de manière ponctuelle ou à titre général le mineur de son incapacité d'exercice. Ainsi, la capacité spécifique de réaliser un acte juridique particulier peut être accordée au mineur, en vertu de seuils d'âges pré-déterminés. Enfin, le mineur peut sortir de sa condition d'incapable à compter de l'âge de seize ans, soit par l'effet automatique de la pré-majorité, en droit écossais, soit sur la base d'une démarche volontaire d'émancipation, en droit français, laquelle ne peut être que d'origine parentale.

**1055.** L'étude de la capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais permet également de mettre en lumière l'existence, dans les trois systèmes d'une période tampon entre capacité et incapacité. Dans les droits anglais et écossais, et dans une moindre mesure en droit français, celle-ci n'est pas une période visible au sein de la minorité. En effet, le droit anglais en choisissant de faire coïncider la capacité juridique avec la capacité naturelle du mineur rend superflue le recours à une phase prédéterminée d'apprentissage de la capacité. De même, en droit écossais, depuis 1991 le mineur devient pleinement capable, et sans transition, à compter de l'âge de seize ans par l'effet de la pré-majorité.

**1056.** Néanmoins, ces deux systèmes, comme le système français, offrent la possibilité au mineur capable et au pré-majeur, de remettre en cause plus facilement les actes juridiques qu'ils auront accomplis durant la minorité dès lors que ceux-ci seront lésionnaires ou préjudiciables à leur égard. Le renforcement de la protection *a posteriori* du mineur laisse transparaître le caractère d'apprentissage

---

<sup>1</sup> En droit anglais dans le cadre des *care proceedings* le mineur est une partie représentée par un tandem *children's guardian* - avocat.

que revêt la capacité ainsi accordée au mineur et au prémajeur, en l'autorisant dans une certaine mesure à réparer les erreurs qu'il aurait pu commettre pendant cette période.

**1057.** Au terme de notre étude, il nous est apparu que la comparaison entre les droits français, anglais et écossais mettait en lumière des ressemblances, mais aussi des différences qui nous ont conduite à faire des propositions. Ainsi, à côté de la protection spécifique accordée *a posteriori* au mineur, le droit français a véritablement organisé un régime spécial d'apprentissage de la capacité au moyen des techniques de l'assistance et de l'autorisation, système qui nous apparaît aujourd'hui à promouvoir.

**1058.** Entre la représentation légale et la capacité il y a une place pour l'instauration d'une curatelle des mineurs qui pourrait s'ouvrir à automatiquement à l'âge de quatorze ans. Ce régime permettrait de consacrer et d'organiser les dispositions et pratiques diverses qui organisent déjà, en droit français, la collaboration entre l'enfant et ses parents pour la réalisation d'actes juridiques. Le fonctionnement de la curatelle des mineurs, qui a vocation à régir la période qui va de l'âge de quatorze ans à la majorité, ne remet pas en cause celui de l'émancipation. L'émancipation conserve aujourd'hui tout son intérêt à l'égard des mineurs les plus aptes, et permet d'organiser certaines situations familiales, notamment lorsque l'adolescent ne réside plus au domicile de ses parents. Ce régime doit rester le fruit d'une démarche volontaire entreprise par l'enfant et ses parents.

**1059.** Dans le régime de la curatelle des mineurs, la participation de l'enfant à la décision qui le concerne, par le recueil de son avis ou de son consentement permet d'établir un certain équilibre des pouvoirs dans la relation entre l'enfant et ses parents. Ainsi, le pouvoir d'autorisation qui se trouve attaché dans certaines circonstances au consentement de l'enfant lui permet un contrôle absolu des actes qui le touchent dans son individualité ou qui permettent une atteinte à son intégrité physique non justifiée par des raisons thérapeutiques. Le pouvoir d'autorisation accordé, en droit français, aux parents pour la réalisation d'actes juridiques par le mineur sans représentation doit être étendu. L'autorisation apparaît aujourd'hui à nos yeux comme l'outil qui permet le mieux de concilier capacité et protection dans le cadre de la vie de tous les jours. L'utilisation de cet outil pour organiser un accès raisonné du mineur à la capacité procédurale nous semble également une piste de réflexion qui mérite attention.

**1060.** Néanmoins, généraliser le fonctionnement du mécanisme de l'autorisation passe par le traitement juridique des solutions conflictuelles. Le conflit d'intérêt fait obstacle à la bonne marche de ce régime. Aussi, à l'instar des dispositions qui organisent aujourd'hui le recours à l'interruption volontaire de grossesse pour les mineures célibataires ou l'accès à la justice consulaire pour le mineur salarié, il faudrait que le défaut d'autorisation parentale puisse être résolu par l'obtention d'une autorisation en justice, laquelle pourrait être donnée selon les cas et la nature de l'intérêt protégé, par le juge des tutelles ou par le juge des enfants.

**1061.** L'exemple donné par le droit anglais, qui permet au mineur de demander en justice l'autorisation de solliciter à son égard la mise en œuvre, la modification ou la caducité d'une ordonnance de la section 8 du *Children Act 1989*, montre que le recours à la technique de l'autorisation à agir en justice est une voie raisonnable. L'autorisation d'agir en justice donnée à l'enfant mature dans le cadre des procédures qui le concernent, que nous préconisons, serait soumise au contrôle du ministère public. Le recours à l'autorisation d'agir en justice permettrait d'éviter le recours à l'intervention d'un administrateur *ad hoc*, dont l'efficacité est contestable en l'état actuel du droit positif dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale, faute pour le mineur de disposer de droit substantiel à défendre.

**1062.** Ainsi, l'instauration d'un régime de curatelle des mineurs qui fonctionnerait sur la base du régime de l'assistance et de l'autorisation, pourrait trouver inspiration non seulement dans l'ancien régime de *curatory*, qui a régi en droit écossais les relations entre les parents et l'adolescent jusqu'en 1991, mais encore dans les origines communes à ces deux systèmes, tirées du droit romain, et dans l'institution de la *cura minoris*. L'adaptation de ces institutions à un mode de vie contemporain ne nous semble pas irréaliste. Elle participe de la responsabilisation tant de l'enfant dans l'apprentissage de la capacité que de ses parents dans l'exercice de leur mission parentale.

**1063.** Le système de prémajorité, qui a notamment été mis en place en droit écossais, nous apparaît par bien des aspects beaucoup moins en phase avec la société française contemporaine que ne peut l'être la curatelle. Si, incontestablement les enfants sont matures plus tôt aujourd'hui qu'avant, ils n'en sont pas pour autant davantage préparés à l'autonomie. Ils y aspirent plus largement certes mais pas sans garde-fou ni protection.

**1064.** À la fin de cette étude, et à la lumière de ce que ce travail nous a appris des expériences de nos voisins anglais et écossais, nous aimerions insister à nouveau sur l'idée du bien-fondé de l'introduction dans nos textes d'un régime de curatelle spécifique, qui constitue actuellement le maillon manquant à la chaîne qui relie l'autonomie et la protection accordées au mineur.





## BIBLIOGRAPHIE

### I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS :

#### 1. Droit français :

ACCARIAS G. :

- *Précis de droit romain*, tome I Paris, éd. A. Cotillon Librairie du Conseil d'État 1879.

BESSON S. :

- *Droit de la famille, Religion et Sectes*, éd. EMCC Lyon 1997.

CARBONNIER J. :

- *Droit civil 1/ Les personnes. Personnalité, incapacité, personnes morales*, Coll. Themis Droit privé, 17<sup>e</sup> éd. refondue PUF 2000.

- *Droit civil 2/La famille L'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. refondue PUF, coll. Thémis, 2002.

- *Droit civil 4/ Les obligations*, 16<sup>e</sup> éd. coll. Thémis, PUF 1992.

- *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd. Defrénois 1995.

COLOMBET C. :

- *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, précis Dalloz 8<sup>e</sup> éd. 1997.

DURANTON A. :

- *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil*, t. 1 1819.

DUVAL-ARNOULD D. :

- *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ Paris 1994.

FLOUR J. ET AUBERT J.-L. :

- *Droit civil. Les obligations vol 2. Sources : le fait juridique*, Armand Colin, Paris 1989.

HAUSER J. ET HUET-WEILLER D. :

- *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de famille T. 1*, LGDJ 2<sup>e</sup> éd. 1993.

HUGUET A. :

- *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ Paris 1962.

MARTY G. ET RAYNAUD P. :

- *Droit civil. Les personnes*, 3<sup>e</sup> éd. Sirey 1976.

MASSIP J. :

- *Les incapacités (étude théorique et pratique)*, Defrénois 2002.

MAZEAUD H. ET CHABAS F. :

- *Leçons de droit civil. Les personnes, la personnalité, les incapacités*, 8<sup>e</sup> éd. par F. Laroche-Gisserot, Montchrestien 1997.

NEIRINCK C. :

- *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ Paris 1984.

PLANIOL M. ET RIPERT G. :

- *Traité pratique de droit civil français, Tome 1 Les personnes. État et capacité*, par R. Savatier 2<sup>e</sup> éd. Paris LGDJ 1952.

RAISON A. :

- *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, 4<sup>e</sup> éd, Librairie du journal des notaires et des avocats 1989.

RAYMOND G. :

- *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Jurisclasseur Pratique professionnelle, 4<sup>e</sup> éd. Litec LexisNexis 2003.

RUBELLIN-DEVICHI J. :

- *Droit de la famille*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001/2002.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L. :

- *Droit civil. Les obligations 2. Contrats*, 6<sup>e</sup> éd. Litec 1998.

STORCK M. :

- *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ Paris 1982.

TERRÉ F. ET FENOUILLET D. :

- *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz Coll Précis 1996.

TERRÉ F. :

- *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1994.

VERKINDT P. Y. :

- *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention internationale sur les droits de l'enfant*, La documentation française 1993.

## **2. Droit anglais :**

BAINHAM A. :

- *Children the modern law*, 2<sup>e</sup> éd. Family law 1998.

BEALE H. G. :

- *Chitty on Contracts, vol. 1 General principles*, 28<sup>e</sup> éd. Londres Sweet & Maxwell 1999.

BEATSON J. :

- *Anson's law of contract*, 27<sup>e</sup> éd. Oxford University Press 1998.

BEVAN H. K. :

- *Child law*, Londres Butterwoths 1989.

BROMLEY P. M. & LOWE N. V. :

- *Bromley's family law*, Butterworth's 1998.

CHESCHIRE, FIFOOT & FURMSTON :

- *Law of Contract*, 20<sup>e</sup> éd. Butterworths 1991.

CRETNEY S. M., MASSON J. & BAILEY-HARRIS R. :

- *Principles of family law*, 7<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell 2003.

FORTIN J. :

- *Children's rights and the developing law*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Butterworths, Londres, 2003.

FREEMAN M. :

- *The Rights and Wrongs of Children*, Frances Pinter 1983.

GOFF R. & JONES G. :

- *The law of restitution*, Londres, Sweet & Maxwell 2002.

GRUBB A. & FURMSTON M.(EDS.) :

- *The law of contracts*, Londres Butterworths 1999.

HAYES M. ET WILLIAM C. :

- *Family law, Principles, Policy and Practice*, 2<sup>e</sup> éd. Butterworths 1999.

HAYTON D. J. :

- *Underhill's Law relating to trust and trustee*, 13<sup>e</sup> éd. Londres, Butterworths 1979

KENNEDY I. & GRUBB A. :

- *Principles of Medical Law*, Oxford University Press 1998.

LOWE N. V. & DOUGLAS G. :

- *Bromley's family law*, 9<sup>e</sup> éd. Londres, Butterworths 1998.

LOWE N. V. & WHITE R. A. H. :

- *Wards of Court*, 2<sup>e</sup> éd. Barry Rose 1986.

MASSON J. & OAKLEY M. W. :

- *Out of Hearing. Representing children in care proceedings*, John Wiley and sons 1999.

MASSON J. & ORCHARD A. :

- *Children and civil litigation*, research for the Lord Chancellor Departement 1999.

MITCHELL J. :

- *Children Act Private Law Proceedings : a Handbook, Family law*, Jordan Publishing 2003.

WHITE R., CARR P. & LOWE N. :

- *The Children Act in practice*, 3<sup>e</sup> éd. Butterworths LexisNexis 2002.

### 3. Droit écossais :

CLELAND A. & SUTHERLAND E. E. :

- *Children's rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edinburgh 2001.

DAVID H. :

- *Introduction à l'étude du droit écossais*, LGDJ Paris 1972.

ERSKINE J. :

- *Principles of the law of Scotland*, 20<sup>e</sup> éd. par J. Rankine, Edinburgh, 1903.

GALLAGHER R. :

- *Children and young people's voice, the Law, Legal Services, Systems and Processes in Scotland*, Scottish child law centre, The Stationery Office Edinburgh 1999.

GLOAG W. M. & CANDLISH HENDERSON R. :

- *Introduction to the law of Scotland*, 5<sup>e</sup> éd. par A. Dewar Gibb & N. M. L. Walker, W. Geen Edinburgh 1952.

GLOAG W. M. :

- *The law of contract : a treatise on the principles of contract in the law of Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edinburgh 1929.

JAMIESON G. (ED.) :

- *Scottish family law legislation*, Edinburgh Sweet & Maxwell 2002.

KERMACK S. G. :

- *The law of Scotland. Source and juridical organisation*, Travaux de l'Académie internationale de droit comparé Série I fasc. 2, Librairie du Recueil Sirey 1933.

MCBRYDE W. W. :

- *The law of contract in Scotland*, 1<sup>re</sup> éd. W. Green Edinburgh 1987.

STAIR James, Viscount of :

- *The institutions of the law of Scotland*, D. H. Walker editor, The University Press of Edinburgh and Glasgow 1981.

SUTHERLAND E. E. :

- *Child and family law*, T & T Clark, Edinburgh, 1999.

WILKINSON A. B. & MCK NORRIE K. :

- *The law relating to parent and child in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Edinburgh 1999

#### 4. Droit comparé :

ZWEIGERT K. & KÖTZ H. :

- *Introduction to comparative law*. 3<sup>e</sup> éd. Oxford Clarendon Press 1998.

MACKENZIE, LORD :

- *Studies in Roman Law with comparative views of the laws of France, England and Scotland*, Edinburgh & Londres, William Blackwood and sons MDCCCLXII (1862).

MARTÍN-CASALS M. (ED.) :

- *Children in Tort Law Part I : Children as a tortfeasor*, ESR ETL Tort and Insurance Law vol. 17, Springer 2006.

BOELE-WOELKI K. BRAAT B., CURRY-SUMMERS I. (EDS) :

- *Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Anvers Oxford 2004.

BOELE-WOELKI K., BRAAT B., CURRY-SUMMERS I. (EDS) :

- *European Family Law in Action. Volume III : Parental responsibilities*, Intersentia, CEFL 2005.

## **II. OUVRAGES SPÉCIAUX , RAPPORTS, ACTES DE COLLOQUE, THÈSES :**

### 1. Droit français :

AMIAUD ALBERT ET AL. :

- *Traité général du notariat. Nouveau dictionnaire alphabétique*.

BÉTAILLOLE-GONTHIER F. :

- *La capacité naturelle*, Thèse Bordeaux 4, 1999.

BRUGGEMAN M. :

- *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2002.

*Bulletin de l'Ordre des médecins*, déc. 1983.

*Bulletin officiel de l'éducation nationale*, n° 36, 5 octobre 1995.

BURATTI P. :

- *La parole de l'enfant en justice*, Thèse Lyon 3 1993.

COUTURIER G. :

- *La confirmation des actes nuls*, Thèse Paris LGDJ 1972.

DELFOSSÉ-CICILE M.-L. :

- *Le lien parental*, édition Panthéon-Assas 2003, LGDJ diffuseur.

DESCAMPS N. :

- *La place du mineur dans les procédures judiciaires civiles*, Thèse Lille II 1996.

JACOB A. (sous la direction de) :

*Encyclopédie philosophique universelle*.

ESCHYLLE J-F ET GANZER A. :

- Jurisclasseur art 286 à 295. Fasc. 10-1 effet du divorce.

FARGE C. :

- *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II 1998.

FAVRE-LANFRAY G. :

- *La représentation "ad hoc" de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000.

FÈRE V. :

- *Le mineur sa condition générale et sa capacité contractuelle dans le droit anglais*, Thèse 1923 Paris Librairie Moderne de droit et de jurisprudence E. Sagot & Cie 1923.

GOUTTENOIRE A. :

- *L'enfant et les procédures judiciaires*, Thèse Lyon 3 1994.

*Guide pratique pour l'application du nouveau Règlement Bruxelles II*, ([www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int))

JOSSERAND L. :

- *De l'esprit des droits et de la relativité, théorie dite de l'abus des droits*, thèse Librairie Dalloz, Paris 1939.

LAURENT R. :

- *Les actes juridiques et l'enfant*, Thèse Paris Sud 1996.

LE GUIDEC R. :

- *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français*, Thèse Nantes 1973.

*Le petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2005.

PORTEFAIX M. :

- *Le parent incapable*, Thèse Lyon 3 2006.

## **2. Droit anglais**

*Adoption and Children Act 2002 explanatory notes*

*Black's Law Dictionary*

BRITISH MEDICAL ASSOCIATION :

- *Consent, Rights and Choices in Health Care for Children and Young People* (2001 a) BMJ books.
- *Withholding and Withdrawing Life-Prolonging Medical Treatment 2001*, BMJ Books.

CAFCASS *practice note* (mars 2001).

DEPARTMENT OF HEALTH PUBLICATION :

- *The Children Act 1989 Guidance and Regulation volume 1 Court Orders*, Londres HMSO 1991.

*Family Law Review of Child Law : Guardianship and Custody (1988) Law Com n° 172.*

*Halsbury's laws of England vol 29(3) : Matrimonial law*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001.

*Halsbury's laws of England vol 48 : Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2000.

*Halsbury's laws of England vol 5(3) : Children and Young Persons*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 2001.

*Halsbury's laws of England vol 9(1) : Contracts*, 4<sup>e</sup> éd. Butterworths 1998.

HAMILTON C. ET FIDDY A. :

- *At what age can I ? A guide to age-based legislation*, Children's Legal Centre Legal Guide October 2001.

*Independent Reviewing Officer Guidance. Adoption and Children Act 2002.*

*National Standards for Probation Service Family Court Welfare Work (1994)* Home office.

OFFICIAL SOLICITOR'S OFFICE:

*Annual Report 1 April 2000 to 31 March 2001.*

*Practice Direction* [1993] 1 All ER 820, [1993] 1 WLR 313.

*Pratice direction (child : joinder as a party)* [1982] 1 WLR 118.

*President's direction on representation of children in Family Proceedings*, [2004] 1 FLR 1188 ; [2004] fam law 459. [www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm](http://www.courtservice.gov.uk/cms/11032.htm)

*Principle and National Standards Draft Policy. A consultation Paper*, [www.cafcass.gov.uk/English/Publications/consultation/DraftNationalstandards.pdf](http://www.cafcass.gov.uk/English/Publications/consultation/DraftNationalstandards.pdf).

*Referrals to the Children and Family Court Advisory and Support Service by Independent Reviewing Officers*, disponible en ligne sur le site : [www.dca.gov.uk/consult/adoption/adoption\\_cafcass.pdf](http://www.dca.gov.uk/consult/adoption/adoption_cafcass.pdf)

*Report of the committee on children and young persons*, Cmnd 2306, 1964.  
*Report of the Latey Committee on the Age of Majority (1967)* Cmnd 3342.

*Reviewing Officer Guidance. Adoption and Children Act 2002.*

*SFLA Guide to Good Practice for Solicitor Acting for Children (Solicitors Family Law Association, June 1994.*

*The Independent Reviewing Officers Guidance.*

### **3. Droit écossais :**

*Best practice for panel members*, guide de pratique disponible en ligne sur le site [www.childrenshearingscotland.gov.uk](http://www.childrenshearingscotland.gov.uk).

*Children's panel Training Organisers – Scotland Report 2002-2003*  
([www.scotland.gov.uk/library5/social/cptoar03-00.asp](http://www.scotland.gov.uk/library5/social/cptoar03-00.asp).)

Civil judicial Statistics Scotland 2002,  
([www.scotland.gov.uk/library5/justice/cjs02-00.asp](http://www.scotland.gov.uk/library5/justice/cjs02-00.asp))

*Glossary, Scottish Legal Terms and Latin Maxims and European Community Legal Terms*, The Law Society of Scotland, Butterworths, Edinburgh 1992.

MARSHALL K., KAY E. TISDALL M. & CLELAND A. :

- *Voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995, vol. 2 Feasibility study*, Scottish Executive Central Research Unit 2002.

- *Voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995. Giving due regard to the children's view in all matters that affect them.* Central Research Unit 2002.

*Parental responsibilities and rights, guardianship and the administration of children's property*, Scot Law Com No 88 Edinburgh HMSO 1990.

SCOTTISH LAW COMMISSION :

- *Law of Contract. Minor's contracts*, Working paper No 81, Londres HMSO 1982.

- *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*. Scot Law Com No 110, Edinburgh HMSO 1987.

- *Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils*, Scot Law Com No 110, HMSO Edinburgh 1987,

- *Report on Family law*, Scot Law Com No 135, Edinburgh HMSO 1992.

*SCRA guidance to Reporters*, disponible en ligne sur le site :  
[www.childrenshearingscotland.gov.uk](http://www.childrenshearingscotland.gov.uk)

THE LAW SOCIETY OF SCOTLAND :

- *Glossary. Scottish Legal Terms, Latin Maxims and European Community Legal Terms*, Butterworths, Edinburgh 1992.

*The Laws of Scotland. Stair memorial encyclopaedia vol. 10 Family law*, The Law Society of Scotland, Butterwoths Edinburgh 1990.

THE SCOTTISH ALLIANCE FOR CHILDREN'S RIGHTS :

- *At what age can I ?*, 2002, disponible en ligne sur le site [www.sacr.org.uk](http://www.sacr.org.uk)

#### **4. Droit comparé :**

C. LAVALLÉE :

- *Le rôle de la volonté en matière d'adoption en droit français et en droit québécois*, thèse Lyon 3 2002.

M. BUQUICCHIO-DE-BOER :

- *Les enfants et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Document du Conseil de l'Europe, mai 1990.

*Reconnaître l'enfant citoyen*, Assemblée Parlementaire, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1996.

#### **III. ARTICLES, CHRONIQUES :**

##### **1. Droit français :**

BARBIER P. :

- « La religion de l'enfant et l'exercice de l'autorité parentale », *Gaz. Pal.* 1957, 2, p. 52.

- « Incidence de la religion du mineur sur les mesures dites 'd'assistance éducative' que peut prendre le juge des enfants », *Gaz. Pal.* 1962, 2, p. 40.

BARRÈRE J. :

- « Tribunal d'Instance, Autorisation de mineur », *Juriclasseur procédure civile fasc.* 332.

BEIGNIER B. :

- « La liberté de concevoir un enfant », *Dr. fam.* 2004, chron., n° 3, p. 4.

BENHAMOU Y. :

- « Réflexion en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », *D.* 1993, chron., p. 107.

- « Aperçu critique du projet de convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », *Gaz. Pal.* 1995, 2, doct., p. 880.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 novembre 1996, *D.* 1997 jur., p. 193.

BONNARD J. :

- « La garde du mineur et son sentiment personnel », *RTDciv.* 1991, p. 58.

BOUBLI B. :

- « Conseils de prud'hommes. Procédure » *Juriclasseur Travail fasc.* 81-40.

BOYERA A. :

- « De l'enfant de l'autonomie et de quelques règles. Autour des articles 12 à 15 de la Convention internationale des droits de l'enfant », *Esprit* mai 1994, p. 126.

BREDIN J. D. :

- « La religion de l'enfant », *D.* 1960, chron., p. 73

BRUGGEMAN M. :

- « Droit d'action du mineur et administrateur *ad hoc*, note sous Cour de cassation, Chambre mixte 9 février 2001 », *RDSS* 2001, 833.

BUFFELAN-LANORE Y. :

- *JurisClasseur Civil*, fasc. Unique : Minorité n° 76.

CARBONNIER J. :

- note sous Trib. Civ. de Briançon 6 janvier 1948, *D.* 1948, jur., p. 581.

- note sous CA Paris 30 avril 1959, *D.* 1960, p. 675.

- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles Bruylant 1984 p. 103.

CASTAIGNÈDE J. :

- « L'avis de l'enfant mineur dans le divorce de ses parents », *D.* 1992, chron., 121.

CHAPELLE A. :

- « Les pactes de famille en matière extrapatrimoniale », *RTDciv.* 1984 p. 435.

CHASSAING J.-F. :

- « Famille romaine, famille chrétienne », *La famille*, sous la direction de J. Bouineau, Centre d'Études internationales sur la romanité, L'Harmattan 2006.

CONTE P. ET MONTANIER J.-C. :

- « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *J.C.P. N* 1986, I, p. 401.

CORNU G. :

- « L'âge civil », *Mélanges Paul Roubier* 1961, t. 2, p. 16.

COSSON C. :

- « La France et la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales », *Dr. enf. fam* 3/1992, n° spécial : Minorité et Droit international.

COSTA-LASCOUX J. :

- « Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant... », *De quel droit ? De l'intérêt... aux droits de l'enfant*, Cahier du CRIV 1988, p. 167.

COULOMBEL M. P. :

- « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTDciv.* 1956 n° 20, p. 47.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F. :

- « Interruption volontaire de grossesse », *Rép. pén.*, p. 19.

DESBOIS J. :

- « Puissance paternelle : assistance éducative, organisée par l'ordonnance du 23 décembre 1958 ; éducation religieuse de l'enfant », *RTDciv.* 1963, p. 712 n° 8.

DESCAMPS N. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 11 juin 1991, *D.* 1992, somm., 65.

DONNIER M. :

- « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chron., p. 179.

DOUCHY-OUDOT M. :

- « Contentieux familial », *D.* 2005, pan., p. 1821.

ESCHYLLE J.-F. :

- « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS* 1997, p. 651

FAVIER Y. :

- « délégation de l'autorité parentale et intérêt de l'enfant, » *J.C.P. G* 2001, I, 293, n° 6

FAVRE-LANFRAY G. :

-« L'administrateur *ad hoc* a-t-il une fonction juridique et/ou d'accompagnement », *L'administrateur ad hoc*, Fondation pour l'Enfance, Eres 2002, p. 37.

FOSSIER T. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 janvier 1999, *Dr. fam.* 1999 comm. n° 58, p. 20.  
- « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *J.C.P. G.* 2003, I, 135, p. 933.

FRANÇON A. :

- « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chron., XII, p. 55.

FRÉMEAUX S. :

- « Les notions indéterminées du droit de la famille », *RRJ* 1998-3, p. 867.

GABEL M. :

- « Quelles perspectives pour demain ? », *Secret maintenu, Secret dévoilé. À propos de la maltraitance*, Lyon octobre 1993. Actes du Colloque publiés aux éditions Karthala, Paris 1994, p. 402.

GARÉ T. :

- « L'enquête sociale dans la désunion des parents », *RTDciv.* 1987, n° 41, p. 714  
- « l'enquête sociale dans la désunion des parents, aspect juridiques », *RTDciv.* 1987, p. 707.

GEBLER M.-J. :

- « Regards éthiques sur les droits de l'enfant : la parole de l'enfant en justice », *D.* 1989, chron., p. 118.

GÉRARD P. :

- « Qui fait quoi pour l'enfant lors de la séparation des parents », *Petites Affiches* n° 94, 7 août 1995, p. 34.

GHELFI-TASTEVIN F. :

- « L'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *Petites Affiches* n° 31, 13 mars 1998, p. 7.

GISSER F. :

- « Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation: la prémajorité », *J.C.P. G.* 1984, I, 3142.

GOUDON J. P. :

- « L'enquête sociale. Constat d'une situation ou reflet d'une médiation ? », *Gaz. Pal.*, 2, doct., p. 752.

GOUTTENOIRE A. :

- « Mineur », *Rep. pr. civ.* Dalloz 2003.

- « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.* 2003, p. 372.

- « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation ! » *Dr. fam.* 2005, comm. n° 156.

GOUTTENOIRE-CORNU A. :

- note sous Cass. civ 1<sup>re</sup> 23 février 1999, *Dr. Fam.* 1999, comm n° 146, p. 20.

- « L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale », *Dr. fam.* 1998, chron., n° 6, p. 6.

GOUTTENOIRE A. ET MURAT P. :

- « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. fam.* 2003, chron., n° 1, pp. 4-7.

GOUTTENOIRE A. ET RIVIER M.-C. :

- « L'abus de droit en droit de la famille », *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse. Actes du séminaire de Genève, mai 1998.* Études réunies par P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, Publications de l'Université de Saint-Étienne 2001, p. 161.

GRIDEL J-P. :

- « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, chron., p. 94.

GRIMALDI M. :

- « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'étude et de recherche appliquées au droit privé de l'Université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, LGDJ Paris 1991, p. 110.

HAUSER J. ET HUET-WEILLER D. :

- « La religion de l'enfant », *RTDciv.* 1992, p. 75.

HAUSER J. :

- « Incapacité juridique et emploi », *Dr. social* 1991, p. 558

- « Autorité parentale et représentation de l'enfant en justice », *RTDciv.* 1992, p. 750.

- « La représentation, l'intervention et l'audition du mineur devant les juridictions », *RTDciv.* 1993, p. 598.

- « Des petits hommes ou des petits d'homme », *L'enfant et les conventions internationales*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi et F. Rainer, PUL 1996, p. 476.
- « Du discernement ou une famille réduite à la procédure ? », *Petites Affiches* 28 avril 1999 n° 84, p. 11.
- « Opposition d'intérêts et administrateur *ad hoc* », *RTDciv.* 1999, p. 601
- « De la nature juridique de la représentation des mineurs (à propos de Cass. ch. mixte 9 févr. 2001) », *RJPF*, 6 juin 2001, p. 6.
- « L'enfant contre ses parents : l'opposition d'intérêts ne crée pas un intérêt justifiant la tierce opposition », *RTDciv.* 2001, 333.
- « La guerre prévue des *ad hoc* ! », *RTDciv.* 2001, p. 110.
- « Droits de l'enfant, état des lieux », *JDJ* n° 208 octobre 2001, p. 13.

HILT P. :

- « La loi du 4 mars 2002 : les juges ne suivent pas toujours », dossier Autorité parentale : premier bilan, *AJ fam.* septembre 2003, p. 290.

HUET J. :

- « Détournement (bancaire) de mineurs », *D.* 1987, chron., p. 215.

KENGNE G. :

- « La banque et le mineur », *Petites Affiches* 5 février 1997, p. 19.

KIMMLER-ALCOVER A. :

- « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2/2005, p. 267.

KROSS J-C :

- « 'De l'homme orchestre au virtuose ?' ou les impressions subjectives de lecture de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 », *Gaz. Pal.* 1993, 3, p. 1160.

LEMOULAND J.-J. :

- « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTDciv.* 1997, p. 1.

LEROY E. :

- « Jeux et enjeux d'une négociation dans un cabinet de juge des enfants », *De quel droit ? De l'intérêt... aux droits de l'enfant*, cahier du CRIV, Vaucresson 1988.

LYON-CAEN G. :

- « Rapport entre le droit civil et le droit du travail », *RTDciv.* 1974, p. 229.

M. HUYETTE :

- « La nouvelle procédure d'assistance éducative », *D.* 2002, chron., p. 1434.

MARTAGUET P. :

- « La protection de l'enfant dans la procédure de divorce » *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution du droit et des institutions judiciaires*, sous la direction de M. Ancel et H. Molines. Paris, A. Pédone 1980

MARTIN D. R. :

- « L'argent de poche du mineur », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'étude et de recherche appliquées au droit privé de l'Université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, LGDJ Paris 1991, p. 51.

MASSIP J. :

- « L'audition de l'enfant en justice et la défense de ses intérêts », *Defrénois* 1993, p. 681  
- « Administration légale et autorité parentale », *Defrénois* 1995, Art. n° 36056.  
- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 21 novembre 1995 *Petites Affiches* 26 juin 1996, p. 24.

MOLINES H. :

- « L'enquête sociale », *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution du droit et des institutions judiciaires*. Sous la direction de M. Ancel et H. Molines. Paris, A. Pédone 1980.  
- « Conclusion », *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution du droit et des institutions judiciaires*. Sous la direction de M. Ancel et H. Molines. Paris, A. Pédone 1980, p. 146.  
- « Le nouveau visage du juge du divorce », *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution du droit et des institutions judiciaires*. Sous la direction de M. Ancel et H. Molines. Paris, A. Pédone 1980.  
- « Protection judiciaire de l'enfant et enquête sociale », *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution du droit et des institutions judiciaires*, Sous la direction de M. Ancel et H. Molines. Paris, A. Pédone 1980.

MONÉGER F. :

- « Du rapport Dechamps au décret du 15 mars 2002 », Dossier « Assistance éducative : la réforme de la procédure », *AJ famille* juin 2002, p. 203.

MURAT P. :

- note sous CA Bourges 28 mars 1995, *Dr. fam.* 1997 comm. n° 58 p. 14-15.  
- note sous Cass. civ. 2e 20 novembre 1996, *Dr. fam.* 1997 n° 26, p. 14.

NEIRINCK C. :

- « De Charybde en Scylla l'administrateur *ad hoc* du mineur », *J.C.P. G* 1991, I, 3496.  
- « L'enfant et la procédure civile », *Petites Affiches* 3 mai 1995 p. 77.  
- « Enfance », *Rép.civ.* Dalloz 1998.  
- « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *J.C.P. G* 2000, I, 228.  
- « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003-3.

NERSON R. :

- « Puissance paternelle : assistance éducative, organisée par l'ordonnance du 23 décembre 1958 ; éducation religieuse de l'enfant », *RTDciv.* 1962, p. 804 n° 6.  
- « L'activité juridique du mineur non émancipé », *RTDciv.* 1971, p. 615.

P. JULIEN ET FRICÉRO N. :

- « Représentation en Justice », *Jurisclasseur Procédure Civile*, fasc. 106.

POLLAUD-DULIAN F. :

- « Abus de droit et droit moral », *D.* 1993, chron., p. 97.

POUSSON-PETIT J. :

- « Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe », *RIDC* 4-1992, p. 812.

RASSAT M.-L. :

- « L'autorité parentale à l'épreuve de l'adolescence », *L'autorité parentale à l'épreuve...*, sous la direction de J. Foyer et de C. Labrusse, Paris, Economica 1983, pp. 63 et s.

- « Les perspectives législatives », *L'autorité parentale à l'épreuve...*, sous la direction de J. Foyer et C. Labrusse, Economica, Paris 1983 pp. 58 et s.

RAYMOND G. :

- « La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *J.C.P. G.*, 1990, I, 3451, n° 1.

- « Administration légale et tutelle », *Rép. civ.* Dalloz 2000.

- « La mission de l'administrateur *ad hoc* », *L'administrateur ad hoc*, Fondation pour l'Enfance, Eres 2002.

ROBERT P. :

- « L'assistance éducative à travers la jurisprudence (second tableau de jurisprudence », *J.C.P.* 1970 n° 2312

ROPERS C. ET CORNIL P. :

- « L'exercice des voies de recours par un mineur non doué de discernement », *Gaz. Pal.* 1991, 2, p. 752.

ROUSSEL F. :

- « L'enfant et l'argent », *Petites Affiches* n° 53, 3 mai 1995, p. 10.

RUBELLIN-DEVICHI J. :

- « Droit de la mère et droit de l'enfant, réflexion sur les formes de l'abandon », *RTDciv.* 1991, p. 695

- « Le droit français est-il adapté aux adolescents », *Dr. Enf. Fam.* 1991/2.

- « Introduction scientifique », *Autorité parentale, responsabilité parentale et protection de l'enfant. Confrontations européennes et régionales*, Coll. Synthèse, éd. Chroniques Sociales, Lyon 1992.

- « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *Revue française des affaires sociales* octobre/décembre 1994, p. 159.

- « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence », *J.C.P. G* 1994, I, 3739.

RYSSSEN B. :

- « Fais ce que dois, peux ce que veux », *Petites Affiches* 3 mai 1995.

SALVAGE-GEREST P. :

- « Tutelle – administration légale pure et simple », *Jurisclasseur Civil Code* Art. 389 à 392, fasc. 20, n° 28.

SAVATIER R. :

- « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », *D.* 1959, chron., p. 49.

SOHM-BOURGEOIS A.-M. :

- « Minorité-Majorité », *Rép. civ.* Dalloz 1996.

STOUFFLET J. :

- « L'activité juridique du mineur non émancipé », *Mélanges Voirin* LGDJ 1967.

TETU M. ET JOLY M.-F. :

- « Administrateur *ad hoc* et éducateur : leurs mandats sont-ils compatibles ? », *L'administrateur ad hoc*, Fondation pour l'Enfance, Eres 2002, p. 75.

TON NU LAN A. :

- « Abandon d'un enfant sans filiation établie, le consentement à la remise de l'enfant aux services de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004-7, n° 8/32.

TOUZALIN H. DE :

- « Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort », *J.C.P. G* 1974, I, 2672.

UZAN M. :

- « Pour une majorité sanitaire à seize ans », *L'Express* 10 décembre 1998, p. 52.

VERKINDT P. Y. :

- « Le droit des revenus professionnels du mineur », *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le Laboratoire d'étude et de recherche appliquées au droit privé de l'Université de Lille, sous la direction de F. Dekewer-Défossez, LGDJ Paris 1991, p. 70.

WATINE-DROUIN C. :

- « Minorité – Audition du mineur en justice – défense de ses intérêts », *Jurisclasseur Civil Code Art. 388-1 et 388-2.*

## 2. Droit anglais et Droit écossais

ANTON A. E. :

- « Parent and child », in *An introduction to Scottish legal History* (Stair Society vol. 20), p. 119.

BAILEY-HARRIS R., BARRON J. ET PEARCE J. :

- « Settlement culture and the use of the 'no order principle' under the Children Act 1989 », [1999] *CFLQ*, 53.

BAINHAM A. :

- « The Children Act 1989. Welfare and non-interventionism » [1990] *Fam Law*, p. 145.

- « The juge and the competent minor » [1992] 108 *LQR* 194.

BLACKIE J. ET PATRICK H. :

- « Medical Treatment », *Children's rights in Scotland*, sous la direction de A. Cleland et E.E. Sutherland 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, p. 201.

BURROWS D. :

- « Children's applications. Assessment of understanding in the light of Re CT », [1993] Fam Law 421.

CLELAND A. :

- « The child's right to be heard and represented in legal proceedings », *Children's rights in Scotland*, sous la direction de A. Cleland et E.E. Sutherland, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell Edinburgh 2001, p. 179.

DAVIS G. ET PEARCE J. :

- « A view from the trenches – Practice and procedure in Section 8 application » [1999] Fam Law. 457

DOUGLAS G. :

- « The retreat from Gillick » [1992] 55 MLR 569

EDWARD L. :

- « The right to consent and the right to refuse ; more problems with minor and medical consent », *The Juridical Review* 1993, p. 65.

EKELAAR J. :

- « The emergence of children's rights », (1986) 6 OJLS 161.

- « White coats or flack jackets ? Doctors, children and the Courts- Again », [1993] 109 LQR 182

- « Beyond the welfare principle », 14 [2002] 3 CFLQ 237.

FLAUSS-DIEM J. :

- « Le *Children Act 1989* ou le passage des droits parentaux à la responsabilité parentale en droit anglais », *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Actes des journées internationales d'histoire du droit sous la direction de R. Ganghofer, Presses Universitaires de Strasbourg 1992.

- « Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais », *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller : Droit des personnes et de la famille* LGDJ Strasbourg 1994, p. 115.

FREEMAN M.D.A :

- « The trumping of parental rights », *Annual Survey of Family law 1985* vol. 9, *Journal of Family law* University of Louisville 1986, p. 93.

HERRING J. :

- « The Human Rights Act and the welfare principle in family law – conflicting or complementary » [1999] CFLQ 226.

HINCHLIFFE M. :

- « Whatever happened to starred care plans ? », *Fam LJ* 34 (2004) 661.

JAMES A. L., RAY W., GREATBATCH D. ET WALKER C. :

- « The welfare officer as an expert ? – Reporting for the Courts », (1992) JSWFL, pp. 398-410.

JONES S. :

- « The ascertainable wishes and feelings of the child », JCL 4 (1992) 181.

LOWE N. ET JUSS S. :

- « Medical Treatment – pragmatism and the search for principle », [1993] 56 MLR 865

MACCORMICK N. :

- « Children's rights : a test-case for theories of rights », (1976) 62 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 305.

MARSHALL K. :

- « The History and Philosophy of children's rights in Scotland », *Children's rights in Scotland*, sous la direction de A. Cleland & E. E. Sutherland, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell, Edimbourg 2001, p. 11.

MASSON J. :

- « The official solicitor as the child's guardian ad litem under the Children Act 1989 » (1992) 4 JCL 59.

- « Re W : appealing from the golden cage », [1993] 5 JCL 37.

MCK NORRIE K. :

- « The Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991 », *Journal of the Law Society of Scotland* 36 [1991] 437.

MONTGOMERY G. A. :

- « Guardian and ward », in *An introduction to Scottish legal history*, Stair society vol. 20, Edinburgh, R. Cunningham & Sons LTD 1958.

MURCH, M. :

- « The voice of the child in private family law proceedings in England and Wales », IFLJ 2005 p. 18.

NICHOLS D. :

- « Can they or can't they ? Children and the Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991 », SLT 1991, 395.

OATES L. :

- « Text of the lecture given to Institute of Advanced Legal Studies 'the Court's role in life and death decision' », January 2002.

OBE J. T. :

- « Children's voice as agent of dispute resolution », Fam L J 34 [2004] 855.

PARRY M. L. :

- « The Children Act 1989 : local authorities, wardship and the revival of the inherent jurisdiction », [1992] JSWFL 212.

PHILLIMORE S. ET DRANE A. :

- « No more of the no order principle », [1999] Fam. Law. 40

RAITT F. E. :

- « Judicial discretion and methods of ascertaining the views of a child », [2004] CFLQ 151.

RAZ J. :

- « Legal Rights » (1984) 4 OJLS 13.

REECE H. :

- « The paramourty principle : consensus or construct ? » 49 (1996) Current legal problems 303.

SAWYERS C. :

- « The competence of children to participate in family proceedings » [1995] 7CFLQ 4, p. 184.

- « The mature child – how solicitors decide », [1997] Fam Law 19.

- « Review, effective support services for children and young people when parental relationships breaks down – a child centred approach », 11.4 [1999] CFLQ 447.

SEYMOUR J. :

- « Parens patriae and wardship powers : their nature and origin », 14 (1994) OJLS 162.

SUTHERLAND E. E. :

- « The child in conflict with the law », *Children's right in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell Edimbourg, 2001, p. 179.

- « Care of the child within the family », *Children Rights in Scotland*, 2<sup>e</sup> éd. W. Green, Sweet & Maxwell Edimbourg, 2001, p. 91.

WHYBROW J. :

- « Children, Guardian and rule 9.5 », [2004] 34 Fam Law. 508.

WYLD N. :

- « Children's participation – myth or reality ? », (1991) 3 J C L 83.

### 3. Droit comparé

FERRAND F. :

- « Les principes de droit du divorce établis par la Commission de Droit Européen de la famille (CEFL) », *Revue Lamy Droit Civil* 2006.

PERELMAN C. :

- « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, Bruylant 1984, p. 365.

#### IV. JURISPRUDENCE :

##### 1. Notes, observations sous jugements et arrêts en droit français :

ARDEEFF I. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 novembre 1996, *J.C.P. G* 1997, II, 22749.

AUBERT J.-L. :

- note sous Cass. ass. plen. 31 mai 1991, *Defrénois* 1991 p. 1267.

BENHAMOU Y. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 15 juillet 1993, *J.C.P. G* 1994, II, 22219.

- note sous CE 10 mars 1995, *Rec. CE* 610 ; D. 617.

BRUGGEMAN M. :

- note sous Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *RDSS* 2001, 833.

C. J. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 7 avril 1965, *D.* 1965, jur., 704.

CARBONNIER J. :

- note sous Paris du 30 avril 1959, *D.* 1960, p. 673.

- note sous JE Versailles 24 septembre 1962, *D.* 1963, jur., 52.

CHABAS F. :

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février 1997, *Gaz. Pal.* 1997, 2, 572.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 janvier 2000, *RJPF* 2000-4/38, p. 21.

CHARTIER Y.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 29 juin 1994, *D.* 1994, jur., p. 581.

DAGORNE-LABBE Y. :

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février 1997, *Petites Affiches* 29 décembre 1997.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 janvier 2000, *Petites Affiches* 9 novembre 2000 (1<sup>re</sup> esp)

DE MONTERA F. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 8 janvier 1957, *J.C.P. G* 1957, II, 9903.

DECHEIX P. :

- note sous TI Châlons-sur-Marne, ord. Juge des tutelles 1er juin 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, 175.

DEJEAN DE LA BÂTIE N. :

- note sous Cass. ass. plén., 9 mai 1984, *J.C.P. G* 1984, II, 20255.

DEKEWER-DÉFOSSEZ F. :

- note sous Cass. ass. plen. 31 mai 1991, *D.* 1992.

DELECOURT N. :

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 5 juin 1991, *D.* 1992, somm., 63.

DESBOIS H :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 8 janvier 1957, *RTDciv.* 1957, p. 316.
- note sous Paris, 31 janvier 1963, *RTDciv.* 1963, p. 712.

DESCAMPS N. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 11 juin 1991, *D.* 1992, somm., 65.
- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 novembre 1996, *D.* 1997, somm., p. 279.

DESNOYER C. :

- note sous Cass Crim 28 février 1996, *D.* 1997, somm., 280.
- note sous CE 22 septembre 1997, *D.* 1998, Somm., 297.

DORSNER-DOLIVET A. :

- note sous Nancy, 3 décembre 1982, *Gaz. Pal.* 1984, 1, 132.

DUBAELE T. :

- note sous Bordeaux, 4 décembre 1991, *D.* 1993, p. 129.

DUMONT :

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février 1997, *Petites Affiches* 14 janvier 1998.

ENCINAS DE MUNAGORRI R. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 14 juin 2005, *RTDciv.* 2005 n° 3, chron., pp. 556-561.

FOSSIER T. :

- sous TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *J.C.P. G* 1990, II, 21514.
- note sous CE 22 septembre 1997, *J.C.P. G* 1998, I, 101, n° 5.
- note sous Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *J.C.P. G* 2001, II, 10514.

GALLIOU-SCANVION A.-M. :

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février 1997, *Gaz. Pal.* 1997, 1, doct., 658.

GARÉ T. :

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 22 octobre 1997, *J.C.P. G* 1998, II, 10014.

GOUTTENOIRE A. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 21 novembre 1995, *D.* 1996, jur., 420
- note sous CE 22 septembre 1997, *J.C.P. G* 1998, II, 10052.
- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 23 février 1999, *Dr fam.* 1999 comm. n° 146.
- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 8 juin 1999, *Dr. fam.* 1999 n° 136.
- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 janvier 2000, *J.C.P. G* 2000, II, 10374
- note sous Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *Dr fam.* mai 2001, 22.
- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 18 mai 2005, *Dr. fam.* 2005 n° 156.
- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 22 novembre 2005, *Dr. fam.* Février 2006, comm. n° 28.

GRANET F. ET STRICKLER Y. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 18 mai 2005, *J.C.P. G* 2005, II, 10081.

GRANET F. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 novembre 1996, *D.* 1997, somm., p. 161.

GRANET-LAMBRECHTS F. :

- note sous Chambéry 8 février 1994, *D.* 1995, somm. com., 118.

GROUDEL H. :

- note sous Cass. civ 2<sup>e</sup> 20 janvier 2000, *Resp. civ. et ass.* 2000, n° 146.

GUERDER P. :

- note sous Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *RJPF* avril 2001, 21.

HAUSER J. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 15 juillet 1993, *RTDciv.* 1993, 814.

- note sous Cass Crim 28 février 1996, *RTDciv.* 1996, 597.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 22 mai 1996, *RTDciv.* 1996, p. 583.

- sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 novembre 1996, *RTDciv.* 1997 p. 98.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 novembre 1996, *RTDciv.* 1997, p. 112

- note sous CE 22 septembre 1997, *RTDciv.* 1998, 76.

- note sous Paris 25 avril 2000, *D.* 2000, IR, 187 ; *RTDciv.* 2000, 802.

- note sous Cass. Ch. Mixte 9 février 2001, *RJPF* juin 2001, 6,

- note sous Toulouse 20 juin 2001, *RTDciv.* 2002 269.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 25 novembre 2003, *RTDciv.* 2004, 262.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 22 novembre 2005, *RTDciv.* 2006 n° 1, chron., pp. 101-104.

HUET-WEILLER D. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 18 mars 1981, *D.* 1982, somm., 260.

- note sous Cass. ass. plen. 31 mai 1991, *RTDciv.* 1991, p. 517

JOSSERAND L. :

- note sous Lyon, 23 janvier 1907, *D.* 1908, 2, p. 73, 3<sup>e</sup> espèce.

JOUBERT :

- note sous Cass. civ. 22 juin 1813, *S.* 1813, I, 375.

JOURDAIN P :

- note sous Cass. ass. plén. 9 mai 1984, *J.C.P. G* 1984, II, 20256.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février 1997, *RTDciv.* 1997, 67 ; *D.* 1997, 265

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 janvier 2000, *RTDciv.* 2000, 340.

LEBRUN A. :

- note sous Rouen 26 juillet 1949, *D.* 1951, p. 532.

LEDUC M. :

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février 1997, *Resp. civ. et ass.* 1997, chron., 9.

LINDON R. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 18 mai 1972, *J.C.P. G* 1972, II, 17209.

- note sous TGI Paris 8 juillet 1970, *J.C.P. G* 1970, II, 16550.

LOISEAU G. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 25 novembre 2003, *Dr. et patr.* juin 2004, p. 95.

M. J.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 3 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1981 p. 172.

MALAURIE P. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 11 juin 1991, *D.* 1991, jur., 521.

MASSIP J. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 12 octobre 1983, *D.* 1984, jur., 238.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 29 mai 1985, *Defrénois* 1985, 1398.

- note sous Cass. ass. plen. 31 mai 1991, *Defrénois* 1991, p. 947.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 5 juin 1991, *Defrénois* 1992, 302.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 10 mars 1993, *D.* 1993, p. 361.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 15 juillet 1993, *D.* 1994, 191.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 15 juin 1994, *D.* 1995, jur., 37.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 29 juin 1994, *Petites Affiches*, 22 mars 1995, n° 35, p. 23

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 21 novembre 1995, *Petites Affiches* 26 juin 1996, p. 24.

- note sous Cass. Crim 28 février 1996, *Defrénois* 1996, 1354.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 22 mai 1996, *D.* 1997, jur., 340.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 novembre 1996, *Defrénois* 1997, art. 36591, n° 64 p. 718.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 novembre 1996, *Defrénois* 1997 art 36632, p. 987.

- note sous Toulouse 20 juin 2001, *Petites Affiches* 17 mai 2002.

MAZEAUD D. :

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février, *D.* 1997, somm., 290.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 janvier, 2000 *D.* 2000, somm., 469.

MÉMETEAU G. :

- note sous Trib. pour enfants d'Évry 8 novembre 1982, *RTDSS* 1983, p. 525

- note sous Trib. pour enfants d'Évry 8 novembre 1982, *RDSS* 1983, p. 218.

MIRABAIL S. :

- note sous Toulouse 20 juin 2001, *D.* 2002 jur. 131.

MONÉGER F.

- note sous CE 22 septembre 1997, *RDSS* 1998 174.

MURAT P. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 novembre 1996, *Dr. fam.* 1996 comm. n° 19.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 novembre 1996, *Dr. fam.* 1997 n°26.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février 1997, *Dr. fam.* 1997 n° 97. ; *Dr. fam* 1997n° 83.

- note sous CE 22 septembre 1997, *Dr. fam.* 1998 n° 56.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 25 novembre 2003, *Dr. fam* 2004 n° 69.

P. R. :

- note sous Paris 31 janvier 1963, *J.C.P.* 1963, II, 13236.

RAYMOND G. :

- note sous Nancy 3 décembre 1982, *J.C.P. G* 1983, II, 20081.

- note sous Cass. Crim 28 février 1996, *J.C.P. G* 1996, II, 22707.

RAYNAUD P. :

- note sous Trib. pour enfants d'Évry 8 novembre 1982, *D.* 1983, jur., p. 218.

REMY-CORLAY P. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 14 juin 2005, *RTDciv.* 2005 n° 4, chron., pp. 750-752.

REYDELLET M. :

- note sous CE 22 septembre 1997, *Petites Affiches* 26 janvier 1998.

ROBERT PH. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 1<sup>er</sup> juillet 1968, *J.C.P.* 1969, II, 16090.

RUBELLIN-DEVICHI J. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 10 mars 1993, *J.C.P. G* 1993, I, 3688 n° 4.

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 15 juillet 1993, *J.C.P. G* 1994, I, 3729, n° 1.

THOUVENIN D. :

- note sous Cass. ass. plen. 31 mai 1991, *D.* 1991, jur., p. 417 rapport Y. Chartier.

VALORY S. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup> 25 novembre 2003; *RJPF* 2004 14.

VINEY G. :

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février 1997, *J.C.P. G* 1997, II, 22848, concl. Kessous.

- note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 janvier 2000, *J.C.P. G* 2000, I, 241.

## **2. Références des arrêts en droit anglais et droit écossais :**

- *A. v. UK (Human Rights : punishment of child)* [1998] 2 FLR 959.

- *Andrews v. Salt* [1873] Ch 637.

- *B. v. UK* [2001] 1 FLR 1 ; [2000] FCR 289 ; [2000] Fam Law 88.

- *Barnes v Toye* (1884) 13 QBD 410.

- *Blake v Concannon* (1870) 4 Ir.Rep.C.L. 323.

- *Boardman v. Phipps* [1967] 2 AC 46

- *Bogie v. Bogie* (1840) 3 D. 309

- *Bray v. Ford* [1896] AC 44.

- *Calderhead's Trs v. Fyfe* (1832) 10 S. 582

- *Carnell v. Harrison* [1916] 1 Ch. 328, [1916-1917] All ER 827.

- *Carter v Silber* [1892] 2 Ch. 278

- *Chaplin v Leslie Frewin publishers Ltd* [1966] Ch. 71 CA
- *Chapman v. Chapman* [1954] All ER 798
- *Chapple v Cooper* (1844) 13 M & W 252
- *Clements v London and North Western Railway Company* [1894] 2 QB 482 CA.
- *Colman v. Northcote* (1843) 2 Hare 147.
- *Cork & Bandon Railway Company v. Cazenove* (1847) 10 QB 935.
- *Costello-Roberts v. UK* (1993) 19 EHRR 112
- *Cowern v. Niels* [1912] 2 KB 419.
- *De Francesco v Barnum* (1890) 45 Ch. D 430
- *Donaldson* (1629) Mor. 16253
- *Dosoo v. Dosoo* 1999 S.L.T. (sh.Ct) 86.
- *Doyle v White City stadium Ltd* [1935] 1 KB 110
- *Edwards v. Carter* [1893] AC 360
- *Fairbairn v. Fairbairn* 1998 G.W.D. 23-1149
- *Fawcett v. Smethurst* (1915) 84 LJKB 473.
- *Flower v London and North Western Rly Co* [1894] 2 QB 65 CA.
- *Fourman v Fourman* 1998 Fam. LR 98 ; 1998 GWD 32-1638.
- *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402, [1985] 3 WLR 830, [1986] 1 FLR 224.
- *Gillick v. West Northfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 855, [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402.
- *Glabraith's curator ad litem v. Stewart*, 1997 S.L.T 418.
- *H. v H.* [1974] 1 WLR, 595.
- *Harris v. Lightfoot, Harris v. Harris* (1861) 10 WR 31
- *Harvey v. Harvey* (1860) 22 D 1198.
- *Head v. Gould* [1898] 2 Ch 250
- *Henderson v. Henderson* 1997 Fam LR 120, GWD 28-1388.

- *Hendricks v Netherland* (1982) 5 EHRR 223.
- *Hewer v. Bryant* [1970] 1 QB 357
- *Hope v. Hope* (1854) 4 De GM & G 328, p. 345.
- *Hutchinson v. Norwood* (1885) 31 Ch D 237
- *In Re B (Change of Surname)* [1996] 2 FCR 304, [1996] 1 FLR 791 CA.
- *In Re Barbour's settlement trust national Westminster Bank v. Barbour* [1974] 1 WLR 1198.
- *In Re C. B. (A minor)* [1981] 1 All ER 16, p. 24.
- *In Re H (A minor) (Guardian ad Litem : requirement)* [1994] fam 11
- *In Re McGrath (infants)* [1893] 1 Ch 143.
- *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 592 CA.
- *In Re R (a minor) (wardship consent to treatment)* [1991] 3 WLR 592 ; [1992] Fam. 11; [1992] 1 FLR 190 ; [1992] 2 FCR 229 ; [1992] 3 Med. L.R. 342 ; [1992] Fam Law 67.
- *In Re S (A Minor) (Adopted child : Contact)* [1999] Fam 283.
- *In Re S (A minor) (Independent Representation)* [1993] fam 263 ; [1993] 2 FLR 437 ; [1993] 2 WLR 801 ; [1993] 3 All ER 36 CA
- *In Re T (A Minor) (Child representation)* [1994] Fam 49
- *In Re Taylors' application* [1972] 2 QB 369, [1972] All ER 873 CA.
- *In Re W (a minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1993] Fam 64 ; [1992] 3 WLR 758 ; [1992] 4 All ER 627 ; [1992] 3 Med. L.R. 317 ; (1992) 142 NLJ 1124.
- *In Re Whittall, Whittal v. Faulkner* [1973] 1 WLR 1027
- *J v C* [1970] AC 668
- *Jennings v. Rundall* (1799) 8 Term R. 335.
- *K and F* 2002 SCLR 269
- *Keith v. Archer* (1836) 15 S. 116
- *Kelly v. BBC* [2001] 3 Fam 59.
- *Kelly v. BBC* [2000] Fam Law 886, [2001] 3 Fam 59, [2001] 1 All ER 323, [2001] 2 WLR 253, [2000] 3 FCR 509.

- *L. v L. (minors) (separate representation)* [1994] 1 FLR 156 ; [1994] fam law 432 ; [1994] 1 FCR 890.
- *Lovell and Christmas v Beauchamp* [1894] AC 607.
- *M'Feetridge v. Stewert & Lloyds*, 1913 S.C. 773
- *Mabon v. Mabon and others* [2005] EWCA civ 634, [2005] 2 FCR 354.
- *Mackinlay v Barthurst* (1919) 36 TLR 31,
- *MacNeil v. MacNeil* (1798) Mor. 16384
- *McConochie v. Binnie* (1847) 9 D. 791.
- *McGrath v. McGrath* 1999 S.L.T. 90.
- *Mercantile Union Guarantee corporation v. Ball* [1937] 2 KB 498 CA.
- *Montgomery v Lockwood* 1987 SCLR 525
- *Nash v Inman* [1908] 2 KB 1 CA.
- *North Western Rly Co v M'Michael* (1850) 5 Exch 114
- *Oyeneyin v. Oyeneyin* 1999 GWD 38-1386
- *Park's Trs v. Park* (1876) 3 R. 850
- *Paterson v. Sandilands* (1617) Mor 8968
- *R (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2004] -EWHC 1389 (Admin), [2004] ELR 374
- *R. v Gyngall* [1893] 2 QB 232,
- *Raes v. Meek* (1889) 16 R (H.L.).
- *Re A (A minor) (Wardship : Medical Treatment)* [1991] 4 All ER 177, [1992] fam 11.
- *Re A (Conjoined Twins : Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 515.
- *Re A (contact : separate representation)* [2001] 1 FLR 715 ; [2001] fam law 350.
- *Re B (Change of surname)* [1996] 1 FLR 791.
- *Re B (Wardship : Abortion)* [1991] 2 FLR 426, [1991] Fam Law 379.
- *Re C (A Minor) (Leave to seek section 8 orders)* [1994] 1 FLR 26, [1994] 1 FCR 837
- *Re C (a Minor) (Wardship : Proceedings)* [1984] FLR 419.

- *Re C (Adoption : Religious observance)* [2002] 1 FLR 1119, para 51.
- *Re C (Residence : Child's application for leave)* [1995] 1 FLR 927, [1996] 1 FCR 461
- *Re CT (A minor) (Wardship : representation)* [1993] 2 FLR 278.
- *Re E (SA) (A minor)* [1984] 1 All ER 289,
- *Re H (A minor) (Role of Official Solicitor)* [1993] 2 FLR 552.
- *Re H (Children)(Residence Order)* [2001] 1 FLR 1052.
- *Re H (conciliation : Welfare Reports)* [1996] 1 FLR 476, [1986] fam law 193.
- *Re H (minors) (Wardship : Surety)* [1991] FCR 45, [1991] 1 FLR 40, CA.
- *Re H (Residence Order : child application for leave)* [2000] 1 FLR 780.
- *Re Hallet's Estate* [1880] Ch D 696
- *Re K (Minors) (Wardship : Care and Control)* [1977] 1 All ER 647, p. 649.
- *Re K (replacement of guardian ad litem)* [2001] 1 FLR 663.
- *Re L (A child)(Contact : Domestic Violence)* [2001] Fam 260
- *Re M (Child : refusal of medical treatment)* [1999] 2 FCR 577, 29 [1999] Fam Law 753.
- *Re M (child) (Ascertaining Wishes and Feelings)* [1993] 1 F.C.R. 721.
- *Re N (contact : minor seeking leave to defend and removal of guardian)* [2003] 1 FLR 652
- *Re R (a minor)(wardship : consent to treatment)* [1992] fam 11.
- *Re S* [1967] 1 All ER 202, p. 209.
- *Re SC (A Minor) (Leave to seek Residence Order)* [1994] 1 FLR 96, [1994] 1 FCR 609.
- *Re W (A minor) (Medical Treatment : Court's Jurisdiction)* [1992] 3 WLR 758 ; [1993] fam 64.
- *Re W (Application for Leave)* [1996] Fam Law 665, [1996] 3 FCR 337 ;
- *Re W (Welfare Reports)* [1995] 2 FLR 142
- *Re W* [1964] Ch. 202.
- *Re X (A Minor) (C.A.)* [1975] fam 47.

- *Re Z (a minor) (Identification : restriction on publication)* [1997] fam 1.
- *Rhodes v Swithenbank* (1889) 22 QBD 577, p. 579.
- *Richards v Richards* [1984] AC 203
- *Robertson v. S. Henderson & Sons Ltd* (1905) 7 F. 776
- *Ross v. Tennants Trs* (1877) 5 R. 182
- *Russell v. Russell* 1991 SCLR 429.
- *Ryder v Wombell* (1868) L. R. 3 Ex. 91.
- *S. v E. (a minor) (Contact)* [1993] fam law 407.
- *Sanderson v. McManus*, 1997 SLT 629 ; 1997 SCLR 281
- *Porchetta v. Porchetta* 1986 SLT 105
- *Shield v. Shield* 2002 SCLR 334.
- *Sloan v. B* 1991, S.L.T 530.
- *Steinberg v. Scala (Leeds) Ltd* [1923] 2 Ch. 452.
- *Stevenson v. Adair* (1870) 10 M. 919.
- *Studd v. Studd* (1880) 8 R. 249.
- *Suter v. Suter and Jones* [1987] fam 111
- *V v. F* 1991 S.C.L.R. 225 (Sh. Ct.)
- *V v. F* 1991 S.C.L.R. 225 (Sh. Ct.).
- *Valentini v. Canali* (1889) 24 QBD 166.
- *Walter v Everard* [1891] 2 QB 369.
- *Westdeutsche Landesbank v. Islington B. C.* [1994] 3 WLR 938.
- *William v Doulton* [1948] 1 All ER 603
- *Woolf v Pemberton* (1877) 6 Ch D. 19.
- *Z and others v. UK* [2001] 2 FLR 612

**V. PRINCIPAUX TEXTES NORMATIFS :**

**1. Droit français :**

- Arrêté du 12 février 2004 (NOR : SOCA0420506A)
- Arrêté du Secrétaire d'État à la santé et à l'Action sociale du 27 mai 1999, sur proposition du Directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.
- Circulaire d'orientation relative à la mise en œuvre de la protection judiciaire en faveur des jeunes majeurs en date du 21 mars 2005 (circulaire NOR JUS F05 50 041 C, publiée au Bulletin Officiel du Ministère de la justice n°97).
- Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, (JO 24 mars 1993), J.C.P. G. 1993, III, 66093.
- Circulaire n° 2004-054 du 23 mars 2004 relative au contrôle et à la promotion de l'assiduité des élèves soumis à l'obligation scolaire.
- Circulaire n° 74-2 du 29 janvier 1974 du Ministère de la Justice.
- Décret n° 2001-258 du 27 mars 2001 pris en application de la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2003 relative à la contraception d'urgence,
- Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le nouveau Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative.
- Décret n° 2002-799 relatif à la prise en charge anonyme et gratuite des interruptions volontaires de grossesse pratiquées sur des mineures sans consentement parental,
- Décret n° 2003-1166 du 2 décembre 2003
- Décret n° 74-930 du 6 novembre 1974, portant organisation de la tutelle d'État et de la curatelle d'État.
- Décret n° 75-96 du 18 février 1975 fixant les modalités de mise en œuvre d'une action de protection judiciaire en faveur des jeunes majeurs.
- Décret n° 85-6924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement.
- Décret n° 90-484 du 14 juin 1990 relatif à l'orientation et à l'affectation des élèves.
- Décrets n° 75-96 du 18 février 1975 et n° 75-1118 du 2 décembre 1975 qui organisent les modalités de mise en œuvre de l'action de protection en faveur des jeunes majeurs.

- Loi 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.
- Loi du n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.
- Loi du n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.
- Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2003 relative à la contraception d'urgence.
- Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé.
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, modifiant le Code de la santé publique.
- Loi n° 2002-304 relative au nom de famille.
- Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.
- Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.
- Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires
- Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.
- Loi n° 2006-558 du 23 mars 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs JO du 5 avril 2006.
- Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.
- Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.
- Loi n° 64-1230 relative à la tutelle et à l'émancipation.
- Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité.
- Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 ne lui confère l'égalité avec le mari, dans la gestion des affaires du ménage.
- Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs.
- Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la protection de l'enfance maltraitée.
- Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instaurant le juge aux affaires familiales.

- Loi n° 96-1238 du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs, JO 1er janvier 1997, J.C.P. éd. G. 1997, III, 68282.
- Loi n° 98-381 du 14 mai 1998 relative à la participation de l'enfant orphelin au conseil de famille. Defrénois 1998, lég., p. 209.
- Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la repression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. JO 18 juin 1998.
- Ordonnance du 12 avril 1945, comm. J. Carbonnier, D. 1945 p. 169 ; M. Ancel S. 1946, législ. p. 1 ; A. Breton J.C.P. G 1946, I, 575.
- Ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.
- Ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation.

## **2. Droit anglais et Droit écossais :**

- *The family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395 SI 2001/818*
- *Access to Justice Act 1999*
- *Act of Sederunt (Child care and maintenance Rules) 1997, SI 1997/291.*
- *Act of Sederunt (Family proceedings in the Sheriff court) 1996, SI 1996/2167.*
- *Ordinary Cause Rules 1993.*
- *Act of Sederunt (Rules of Court Amendment n°1)(Consistorial Causes) 1978.*
- *Act of sederunt (Rules of the Court of session 1994) 1994, SI 1994/1443.*
- *Act of Sederunt (Rules of the Court of Session Amendement n° 5) (Family actions and miscellaneous) 1996, SI 1996/2587*
- *Act of sederunt (Rules of the Court of Session Amendment n° 2) (Adoption Applications) 1997.*
- *Act of sederunt (Sheriff Court ordinary cause rules) 1993 SI 1993/1956*
- *Act of Sederunt (Family proceedings in the Sheriff court) 1996, SI 1996/2167.*
- *Act of Sederunt (Sheriff Court Parental Order (Human Fertilisation and Embryology) Rules) 1994.*
- *Administration of Justice Act 1970*
- *Adoption (Scotland) Act 1978*

- *Adoption Act 1976*
- *Adoption Act 1978*
- *Adoption and Children Act 2002*
- *Advocacy Services and Representations Procedure (Children) (Amendment) Regulation 2004, SI No. 2004/719.*
- *Age of Majority (Scotland) Act 1969*
- *Air Navigation Order 2000*
- *Betting, Gaming and Lotteries Act 1963.*
- *Birth and Death Registration Act 1953.*
- *Children (Scotland) Act 1995.*
- *Children Act 1972*
- *Children Act 1989.*
- *Children Act Advisory Committee guidance 1994*
- *Children and Family Court Advisory and Support Service (Reviewed Case Referral) Regulation 2004, SI 2004/2187.*
- *Children and Young persons (Scotland) Act 1937*
- *Children and Young persons Act 1933*
- *Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002, SI 2002/63.*
- *Children's Hearings (Scotland) Rules 1996, SI 1996/3261*
- *Civil Procedure Rules 1998, SI 1998/3132*
- *Court and Legal Services Act 1990*
- *Criminal Justice and Court Service Act 2000.*
- *Criminal Procedure (Scotland) Act 1975.*
- *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*
- *Draft Adoption Bill 1996.*
- *Employment of Children Act 1973.*
- *Employment Right Act 1996.*

- *Family procedure rules 1991, SI 1991/1247*  
*SI 2001/821.*
- *Family Proceeding Rules 1991 SI 1991/1247, appendix 1*  
*SI 1994/3155*
- *Family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395*
- *Family proceedings courts (Children Act 1989) Rules 1991, SI 1991/1395*  
*SI 2001/818*
- *Family Law Act 1986*
- *Family Law Reform Act 1969*
- *Guardianship of Infants Act 1925*
- *Guardianship of minor Act 1971*
- *Human Fertilisation and Embryology Act 1990.*
- *Human organ Transplants Act 1989*
- *Human Right Act 1998*
- *Justices of the Peace Act 1997*
- *Law Reform (Husband and Wife) Act 1962.*
- *Law Reform (Married Woman and Tortfeasor) Act 1935*
- *Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986.*
- *Licensing Act 1964.*
- *Magistrates Court Act 1980*
- *Matrimonial Causes Act 1973*
- *Matrimonial Causes Rules 1977.*
- *Mental Health (Scotland) Act 1984.*
- *Minors' Contracts Act 1987.*
- *Prohibition of female circumcision Act 1985*
- *R.C.S 1994.*
- *Road Traffic Act 1988*
- *Review of Adoption Law (1992)*

- *Review of the Children's Cases Regulation 1991, SI 1991/895*
- *Registration of births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965.*
- *Sale of Goods Act 1979.*
- *Scotland Act 1998 (*
- *Social Work (Scotland) Act 1968*
- *Social Work Service Group, Circular SW7/85.*
- *Supreme Court Act 1981*
- *Surrogacy Arrangements Act 1985.*
- *Tattooing of Minors Act 1969.*
- *The Children (Protection at Work) Regulation 1998, SI 1998 No 2761.*
- *The Children and Family Court Advisory and Support Service (Reviewed Case Referral) Regulation 2004, SI 2004/2187.*
- *The family procedure (Amendment) rules, SI 2001/821*
- *The family proceedings court (Children Act 1989) (amendment) rules SI 2001/818.*
- *The family procedure rules 1991, SI 1991/1247*
- *The family proceedings court (Children Act 1989) (amendment) rules SI 2001/818.*
- *The family proceedings court (Children Act 1989) rules SI 1991/1395 1/1395.*
- *The Review of Children's Cases (Amendment) (England) Regulations 2004 SI 2004/1419*
- *The Review of Children's Cases (Amendment) (England) Regulations 2004 SI 2004/1419.*
- *The Review of Children's Cases Regulation 1991*
- *Trust investment Act 1961*
- *Trust Scotland Act 1921*
- *Trust Scotland Act 1961*
- *Trustee Act 1925*
- *Trustee Act 2000.*
- *Trustee Investment Act 1961*



## INDEX ALPHABÉTIQUE

(les numéros renvoient aux paragraphes)

### A

Abus de droit .....	199-204 772	
Accord parental .....	121 172, 471, 501-525, 751 Homologation judiciaire .....	520 502-524
Actes de la vie courante.....	219-231 298-305	
Actes éminemment personnels		
Contraception.....	242-244 248-251	
Don d'organes.....	158	
Intégrité physique (protection) .....	157-161 259	
Intimité .....	203 238-243	
Recherche biomédicale.....	159	
Actes juridiques		
Acte d'administration.....	219 301	
Acte de disposition.....	221	
Acte déraisonnable .....	298-300 309	
Acte lésionnaire .....	286-290 301-305, 309	
Acte préjudiciable .....	306-316 236, 242, 246, 247, 248	
Actes conservatoires .....	219	
Bon père de famille .....	221-223 230, 298-300, 303, 309, 666, 957	
Consentement à l'acte.....	135 142-176, 247-255	
Reasonable man .....	309 316	
Actes soumis à autorisation		
Autorisation .....	143-159 179-185, 188-204, 287, 316, 665, 666, 680, 751, 865-898	
Contrat de travail.....	181 185, 233, 306-308	
Interruption volontaire de grossesse .....	173 199, 203, 242, 243	
Actes usuels.....	219-231 297-305	
Administrateur ad hoc .....	23 116-217, 147, 191, 194, 563-585, 744-784, 845-856	
Administration légale .....	19-23 36-39, 80, 116-127, 181, 194, 219-223, 240-241, 662-666, 930-937	
Administration légale sous contrôle judiciaire.....	37 665	
Administration légale pure et simple .....	37 121-123, 503, 665, 750-753	
Assistance éducative .....	120 171, 190, 191, 195-197, 204, 337, 342, 574, 678, 831-863	

Danger.....	55 120, 171, 173, 190-193, 196, 198-200, 204, 255, 269, 459, 461, 493, 614, 677, 796-801, 831-833, 862, 863, 965, 1006
Audition de l'enfant .....	278 335-429, 473-475, 560, 561, 838, 840-842, 913-915
Audition de l'enfant Avis de l'enfant .....	130-141 213, 335-372, 388, 389, 392-429, 544-546
Formulaire F9 .....	352-355 395-398, 403-408
Formulaire 49.8-N .....	352-355 403-408
Autonomie de l'enfant .....	70 110, 162-173, 179-185, 217-281, 793-843, 857-863, 899-951
Autorité parentale .....	19-23 36-40, 109-110, 132, 240, 241, 253-255, 259, 480, 501, 547, 548, 556, 661-671, 925-939

### B

Best interests of the child.....	433-467 477-499,
Bien-être de l'enfant.....	68-69 416-421, 433-499, 526-553
Welfare .....	41 42, 53, 54, 174-175, 416-420, 442-447, 456-476, 478-490, 493-499, 695, 710-731, 816-826

### C

CAFCASS .....	408 416, 528-549, 693-713, 719, 735-741, 945	
CAFCASS legal service and special casework .....	727-731 971, 978-983	
Capacité		
à travailler .....	86 178, 181, 184, 185, 228, 233, 244, 268, 298, 307, 866-870	
d'exercice.....	64-67 183, 184, 582	
de jouissance.....	64-67 578	
juridique.....	53-74 90, 115, 142-176, 216-281, 298, 793-951	
naturelle .....	68-73 111-115, 154, 181-185, 224-231, 246-281, 284-295, 322, 871-874, 900-908, 928-937	
procédurale .....	793-951	
Capacités civiles anticipées .....	261-281	
Care proceeding .....	675-691 care plan .....	736
Child welfare hearing .....	473-475	
Children and family reporter .....	416-423 528-546, 695, 696, 705,	

Consentement	
Aval .....	187-193
Changement de nom .....	150
Consentement-adhésion .....	162-175
Consentement-autorisation .....	143-160
Consentement médical.....	164-175
247-252	
Refus de consentir .....	146
173, 174, 202-204	
Veto .....	143-160
173-175, 194-204	
Contrats .....	153
184, 185, 218-236, 268, 273, 276, 282-316	
Adoption of a contract.....	285
Beneficial contracts .....	233
306, 307,	
d'apprentissage .....	185
233, 306, 307	
de travail.....	181
185, 233, 307	
Homologation judiciaire .....	316
Marriage settlement .....	234
306-308	
Necessaries .....	226-229
298	
Nullité .....	178
235, 286-293, 305, 309	
Délai raisonnable .....	308
313	
Nullité absolue .....	286
Nullité relative .....	286-288
Partnership agreements.....	235,
306-308	
Ratification .....	235
294, 316	
Rescision pour lésion .....	287
288, 301-305, 309, 314	
Restitution.....	289
291, 294, 314	
Void contracts.....	178
285	
Voidable contracts .....	235
285, 306-308	
County Court .....	376
715, 723, 981	
Court of Chancery .....	51
715	
Curatelle .....	24,
94,95, 115, 211, 212, 327, 898	
Curator ad litem .....	116
148, 362, 424, 555-562, 603, 668, 785-791,	
822, 914, 922, 959, 1001-1003,1032	
Curatory.....	24
25, 105, 106, 178, 208, 265, 273, 903	
<b>D</b>	
Discernement .....	68-72
104, 130-141, 146, 172, 174, 246-259,	
358-372, 385-387, 459, 461, 536, 544-546,	
689, 710, 838-842, 860, 861, 873, 874, 880,	
884-897, 920, 921	
Présomption de discernement .....	137
146, 155, 213, 362-364, 824, 1028	
Droits et devoirs parentaux .....	24-26
40, 42, 43, 45-48, 132-134, 174, 175, 252,	
512, 556-561, 667-671, 826	
	<b>E</b>
Emancipation.....	115
276-281, 287, 327, 338, 937	
Enquête sociale .....	410-415
547-553	
Equitable remedies.....	291
314	
	<b>G</b>
Guardian ad litem .....	651
716, 720, 732	
	<b>H</b>
High Court .....	52-56
376, 732, 729, 878,981	
	<b>I</b>
Infans.....	64
68, 93, 110, 221, 327	
Inherent jurisdiction (High Court) .....	52
55-57, 172, 173, 255, 725	
Intérêt de l'enfant.....	18-56
430-590	
	<b>L</b>
Legal representative .....	25
82-89, 667-671, 811, 824	
	<b>M</b>
Majorité.....	262-265
Maternité .....	239
925-939	
Accouchement anonyme .....	239
Maturité Gillick .....	247-252
255, 318, 360, 493-499	
Médiation familiale.....	414
418, 507, 531, 549-553	
	<b>N</b>
Nationalité .....	152
269, 946-950	
	<b>O</b>
Obligation scolaire .....	185
243, 866	
Opposition d'intérêts .....	116-127
564-576, 744-784	
Orders	
Residence order .....	41
43, 341, 530, 677, 876	
Section 8 orders.....	341
369, 459, 703-708, 874-888, 894, 1023	
	<b>P</b>
Parents patriae	
Pouvoir de la Couronne .....	51
174	
Paternité .....	239
925-939	
Action en recherche de paternité .....	240
932	

La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais  
Index alphabétique

Personnalité juridique .....	64
68-73, 87	
Procédures judiciaires .....	
Autorisation à agir .....	865-898
Constitution de partie civile .....	760-784
Family proceeding.....	674-731
871-898	
Juge aux affaires familiales.....	36
37, 193, 200, 437, 502-510	
Leave of the court .....	883-898
Litigation friend .....	650-659
732-742, 871-875, 945, 953, 984-988	
Next friend .....	650
654, 657	
No delay principle .....	516
517, 527, 529	
No order presumption .....	523
No order principle .....	479
501, 511-522	
Official solicitor .....	715-726
Paramountcy principle .....	478-489
Private law proceedings.....	420-731
871-898	
Procédures civiles ordinaires.....	732-742
Procédures relatives à l'autorité parentale .....	577-590
871-898	
Public law proceedings.....	675-691
796, 964-970	
Représentation de l'enfant .....	648-792
Safeguarder of the child .....	785-792,
814-826, 1001-1003	
Separate representation of the child .....	533-543
Sheriff.....	42
174, 344, 352, 358, 390, 391, 395-408,	
426, 474, 475, 788-791, 802, 815,	
827-830, 909-914	
Third party minuter .....	406
Propriété intellectuelle.....	153

**Q**

Quasi contrats	
enrichissement sans cause .....	290
unjustified enrichment .....	291
294, 314	

**R**

Régime de l'assistance et de l'autorisation .....	128-204
259, 273	
Règlement Bruxelles II bis .....	346
387, 599	
Représentation de l'enfant.....	75-127
648-791	
Responsabilité civile .....	250
258, 278, 292, 294, 371	
Responsabilité contractuelle.....	294
Responsabilité parentale .....	27-33
40-48, 50-56, 172, 247-251, 254, 255, 369,	
653	

**T**

Trust .....	85-89
206, 308	
Trustee .....	85-89
207, 308	

Beneficiary.....	85-89
Duty of care.....	86
Tutelle.....	37
117, 122, 268, 783	
Juge des tutelles .....	20
37, 80, 119-121, 147, 194, 219, 241,	
276-280, 324, 503, 565, 663-666,	
745-747, 928, 936, 990	
Tutory .....	24-26
88, 105, 178, 208, 499, 903	

**V**

Vie privée .....	153
468	

**W**

Wardship .....	50-56
172, 173, 175, 269, 493-495, 716	
Welfare officer .....	377-381
416-423, 525, 528, 544, 626	
Welfare report .....	416-423
528-546, 602, 623, 626, 627, 688, 695	



## TABLE DES MATIÈRES

<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>XI</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE : LA PLACE DU MINEUR DANS LA RÉALISATION D'ACTES JURIDIQUES EXTRA-JUDICIAIRES</b> .....	<b>13</b>
TITRE I. LES MÉCANISMES PALLIANT L'INCAPACITÉ DU MINEUR .....	15
<i>Chapitre 1. Le régime de l'action pour le compte de l'enfant</i> .....	17
Section 1. Les protecteurs des intérêts de l'enfant .....	17
§1. Les « protecteurs naturels » .....	18
§2 Les protecteurs « de substitution » .....	27
A. Les tiers .....	27
B. Le juge dans l'institution de <i>wardship</i> .....	36
Section 2. L'incapacité de l'enfant .....	43
§1. Les fondements de l'incapacité .....	44
A. La finalité de l'incapacité .....	44
B. La nature de l'incapacité .....	47
1. La consécration juridique de l'incapacité d'exercice du mineur dans les droits français et écossais .....	48
2. La consécration juridique de l'incapacité naturelle du mineur en droit anglais .....	51
§2 Le palliatif de l'incapacité d'exercice : la représentation .....	55
A. Les conceptions de la représentation de l'enfant .....	56
1. La représentation légale .....	57
2. La legal representation.....	60
B. La place du mineur dans la représentation .....	66
1. La participation du mineur représenté .....	67
a. <u>La reconnaissance des droits de l'enfant</u> .....	67
b. <u>La participation de l'enfant</u> .....	74
2. La limite à la représentation légale : l'opposition d'intérêts .....	81
<i>Chapitre 2. Le régime d'assistance et d'autorisation</i> .....	89
Section 1. Le contrôle de l'enfant sur l'action du représentant .....	89
§1. L'avis de l'enfant .....	90
§2. Le consentement de l'enfant .....	98
A. Le « consentement-autorisation » .....	98
1. Les actes relatifs à l'individualité du mineur .....	99
2. Les actes qui touchent à la santé ou à l'intégrité physique du mineur .....	107
B. Le consentement-adhésion.....	109
Section 2. Le contrôle du représentant sur l'action de l'enfant .....	124
§1. Un contrôle à géométrie variable .....	125
§2. La force juridique du contrôle .....	132
A. La force juridique de l'aval du représentant .....	133
B. La force juridique du veto du représentant .....	138
<i>Conclusion du Titre I</i> .....	149
TITRE II. LA CAPACITÉ ACCORDÉE PAR LE DROIT AU MINEUR.....	155
<i>Chapitre 1. La capacité d'action du mineur</i> .....	157
Section 1. La capacité reconnue au mineur par la loi et l'usage .....	157
§1. La capacité contractuelle autonome du mineur.....	158
A. Le domaine des actes de la vie courante .....	158
B. La capacité contractuelle étendue du mineur en droit anglais.....	169
§2. La capacité acquise en raison du caractère personnel de l'acte juridique .....	173
A. La capacité sans condition pour la réalisation d'actes éminemment personnels .....	173
B. La capacité sous condition de maturité.....	182
1. L'utilisation d'un test de compétence spécifique .....	182
2. La consécration de l'autonomie progressive de l'enfant .....	188
Section 2. L'anticipation de la majorité .....	195
§1. Les capacités civiles anticipées.....	195
A. L'âge de la majorité .....	195
B. Les capacités acquises en raison de l'âge .....	198
§2. La prémajorité.....	203
A. La prémajorité automatique .....	203
B. La prémajorité volontaire : l'émancipation.....	206
<i>Chapitre 2. La protection du mineur capable</i> .....	211
Section 1. La sanction de l'acte interdit .....	212
§1. L'anéantissement de l'acte .....	212
§2. La limitation des effets juridiques de l'acte .....	217
Section 2. La remise en cause de l'acte autorisé.....	219

§1. La remise en cause de l'acte usuel .....	220
A. L'acte déraisonnable.....	220
B. L'acte lésionnaire .....	224
§2. La remise en cause de l'acte préjudiciable .....	227
<i>Conclusion du Titre II</i> .....	243
<b>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE</b> .....	<b>249</b>
<b>DEUXIÈME PARTIE : LA CAPACITÉ DE L'ENFANT DANS LES PROCÉDURES JUDICIAIRES</b> .....	<b>251</b>
TITRE I. LE MINEUR CONCERNÉ PAR LA PROCÉDURE.....	253
<i>Chapitre 1. Le recueil des souhaits et des sentiments de l'enfant</i> .....	255
Section 1. Les conditions de la participation de l'enfant à la procédure .....	255
§1. Les procédures prévoyant la consultation de l'enfant .....	256
A. La force obligatoire du principe d'audition de l'enfant dans la procédure .....	256
B. L'accès de l'enfant à la connaissance de son droit d'expression .....	262
§2. La prise en compte de la personne de l'enfant dans le processus de consultation .....	266
A. L'opportunité de la consultation .....	266
B. Le poids des sentiments exprimés .....	270
Section 2. La mise en œuvre de la consultation de l'enfant .....	275
§1. La consultation directe de l'enfant .....	275
A. La réticence du droit anglais envers le principe d'audition directe de l'enfant par le juge .....	275
B. La mise en œuvre de la consultation directe de l'enfant par le juge dans les systèmes français et écossais.....	279
1. La faveur du législateur pour l'audition de l'enfant directe de l'enfant par le juge .....	279
2. La mise en œuvre de la consultation directe .....	284
a. <u>L'audition de l'enfant par le juge</u> .....	284
b. <u>Le recueil par écrit des sentiments de l'enfant</u> .....	289
§2. La consultation indirecte de l'enfant .....	292
A. L'audition de l'enfant par une personne désignée par le juge .....	292
B. L'audition de l'enfant par une personne de son choix.....	300
<i>Chapitre 2. La recherche de l'intérêt de l'enfant</i> .....	303
Section 1. La notion d'intérêt de l'enfant .....	303
§1. L'application d'une notion juridique indéterminée.....	303
A. L'intérêt de l'enfant ou le bien-être de l'enfant .....	304
1. L'intérêt de l'enfant : un instrument juridique aux multiples facettes .....	304
2. Le bien-être de l'enfant : le critère légal de décision des juges Outre-Manche.....	308
B. La détermination des notions d'intérêt et de bien-être de l'enfant .....	311
1. Le contenu de ces notions .....	311
a. <u>La définition de la notion par la jurisprudence et la doctrine</u> .....	312
b. <u>La tentative de définition par le législateur anglais</u> .....	315
2. La place de l'enfant dans la détermination de son intérêt.....	322
§2. L'intérêt de l'enfant : une considération supérieure ou une considération première .....	327
A. Les implications d'un tel choix.....	327
B. La conciliation de l'intérêt ou bien-être de l'enfant avec la mise en œuvre de ses droits .....	333
Section 2. La détermination de l'intérêt de l'enfant concerné par la procédure .....	339
§1. Le jeu de l'accord parental dans la représentation de l'intérêt de l'enfant .....	339
A. Le contrôle judiciaire de l'accord parental.....	340
B. La mise en œuvre du 'no order principle' : un contrôle judiciaire <i>a minima</i> .....	344
§2. L'intervention d'un tiers dans la détermination de l'intérêt de l'enfant .....	351
A. Le rapport fait au juge sur l'intérêt de l'enfant.....	351
1. Le children and family reporter en droit anglais .....	352
a. <u>l'octroi du statut de partie à l'enfant sur recommandation du children and family reporter</u> .....	354
b. <u>La communication à l'enfant du contenu du welfare report</u> .....	359
2. L'enquêteur social en droit français .....	360
B. La représentation <i>ad hoc</i> de l'intérêt de l'enfant concerné par la procédure .....	364
1. La représentation du bien-être de l'enfant par un curator ad litem en droit écossais .....	365
2. La représentation de l'intérêt de l'enfant par un administrateur ad hoc en droit français .....	369
a. <u>La notion d'opposition d'intérêts dans les procédures concernant l'enfant</u> .....	369
b. <u>L'inefficacité de la représentation ad hoc de l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale</u> .....	376
<i>Conclusion du Titre I</i> .....	383
TITRE II. LE MINEUR PARTIE À LA PROCÉDURE.....	399
<i>Chapitre 1. Le mineur partie représentée à la procédure</i> .....	401
Section 1. La représentation de l'enfant par ses parents .....	401
§1. La représentation-fonction de l'enfant en justice .....	402
§2. La représentation-prérogative de l'enfant en justice .....	406
Section 2. La représentation de l'enfant par une personne spécialement désignée .....	410
§1. La représentation-fonction de l'enfant en droit anglais.....	411
A. La représentation de l'enfant dans les procédures familiales .....	412
1. La représentation de l'enfant dans les public law proceedings .....	412
2. La représentation de l'enfant dans les private law proceedings .....	420
a. <u>La représentation de l'enfant par le children's guardian</u> .....	420

b. La représentation par l'official solicitor et le rôle du CAF/CASS legal .....	429
a. L'official solicitor .....	430
β. Le CAF/CASS Legal Services and Special Casework .....	436
B. La représentation de l'enfant par un <i>litigation friend</i> dans les procédures civile ordinaires.....	438
§2. La représentation ad hoc de l'enfant dans les droits français et écossais .....	443
A. La représentation de l'enfant par un administrateur <i>ad hoc</i> dans les procédures judiciaires .....	444
1. La représentation ad hoc de l'enfant dans les procédures civiles .....	444
2. La représentation ad hoc de l'enfant dans les procédures pénales .....	452
B. La représentation de l'enfant par un <i>curator ad litem</i> ou un <i>safeguarder</i> .....	462
Chapitre 2. Le mineur partie autonome à la procédure .....	467
Section 1. La capacité procédurale de l'enfant en danger .....	468
§1. L'enfant partie dans la procédure de Children's Hearing .....	468
§2. L'enfant partie dans la procédure d'assistance éducative .....	481
Section 2. La capacité procédurale du mineur dans les autres procédures .....	492
§1. La capacité procédurale du mineur soumise à autorisation .....	492
A. La capacité procédurale du mineur salarié en droit français .....	493
B. La capacité procédurale du mineur dans les <i>private law proceedings</i> en droit anglais.....	495
§2. La capacité procédurale du mineur née d'un facteur émancipateur .....	506
A. La capacité procédurale acquise par l'effet de l'âge .....	506
B. La capacité procédurale acquise en raison de la situation personnelle du mineur .....	515
1. La capacité procédurale spéciale du mineur parent .....	516
2. La capacité procédurale spéciale attachée à la nature de l'action envisagée .....	521
Conclusion du Titre II .....	527
<b>CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE .....</b>	<b>547</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>551</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>559</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE .....</b>	<b>595</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>599</b>





**Imprimé par le Service Édition  
de l'Université Jean Moulin Lyon 3**