

L'enfant, l'âge et le discernement Children, Childhood and Judgement El niño, la edad y el discernimiento

Gaël HENAFF

Number 44, Fall 2000

L'enfant au coeur des politiques sociales

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/005123ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/005123ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Lien social et Politiques

ISSN

1204-3206 (print)

1703-9665 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

HENAFF, G. (2000). L'enfant, l'âge et le discernement. *Lien social et Politiques*, (44), 41–50. <https://doi.org/10.7202/005123ar>

Article abstract

For more than a decade, there has been a general tendency, encoded in the New York Convention, towards promoting a new place for children in the judicial systems of signatory countries. New rights have been recognised, including the right to speak, to be heard, to freedom of thought and association, and to legal representation. Instead of being a passive subject, the child is now a true rights-bearer. One might fear, however, that these notions of children's rights eclipse a more complicated reality, as the French example of the judicial status of minors, a regime of incapacity and protection that leaves room for large areas of autonomy, attests. Is it really necessary to promote a pre-adult civil status and to further break down the boundaries between being a child and being an adult ? Moreover, among all these new rights for children, has the time not come to pay more attention to their right to be protected ?

L'enfant, l'âge et le discernement

Gaël Henaff

*À quoi peut bien servir un enfant qui ne veut rien dire ?
Même une plaisanterie doit vouloir dire quelque chose...
et il me semble qu'un enfant est plus important qu'une plaisanterie.
Lewis Carroll, De l'autre côté du miroir, 1871, chap. IX, La Reine Alice*

La Convention internationale des droits de l'enfant du 26 janvier 1990, dite convention de New York, définit l'enfant dans son article premier comme « tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »¹. En France, l'âge de la majorité, où l'enfant accède à la pleine capacité juridique, est fixé à 18 ans depuis la loi du 5 juillet 1974.

On peut ne pas comprendre que la présomption d'imaturité, d'inexpérience du mineur, parfois présentée comme la justification de son incapacité, s'inverse soudainement à l'heure de sa majorité².

Certains, non sans ironie, verront ici le manque de « subtilité » de l'appropriation de la durée par le droit (Hauser, 1999 : 13). D'ailleurs est-il raisonnable de fixer un âge d'accès à la majorité, surtout si l'enjeu porte sur la définition du « seuil le plus favorable en deçà duquel il serait illusoire de donner les pleins pouvoirs aux jeunes gens mais au-delà duquel il serait irresponsable de les maintenir dans un statut incomplet » (Théry, 1998 : 162) ?

S'écartant du seul critère d'âge, les textes les plus récents ont fait une large place à la notion de discernement, principalement à travers les textes relatifs à l'audition du mineur en justice. Ce recours au discernement permet d'apprécier chaque cas particulier (*in concreto*) en fonction de la personne du

mineur et de l'affaire en cause (voir en ce sens Watine-Drouin, 1998, no 23). Mais on substitue alors au manque de nuance de la fixation légale d'un seuil d'âge le flou de la casuistique engendré par le renvoi au discernement de l'enfant. Il y a là une démission du législateur au profit du judiciaire qui peut susciter une certaine inquiétude. C'est ainsi qu'on a pu proposer récemment une suppression législative de la référence au discernement pour l'audition de l'enfant (Dekeuwer-Desfossez, 1999 : 109 et suiv.).

Faut-il donc préférer un seuil quantifié, seize, quinze ou treize ans, voire moins, et rigidifier ainsi, par un choix dont la cause et le but restent souvent obscurs, des situations infiniment complexes et variées ? Faut-il renvoyer au contraire au discernement, notion cadre

ou « concept mou » dont l'appréciation est laissée au pouvoir souverain des juges du fond ?

Un choix unique n'est pas toujours nécessaire et ces dernières années ont montré que l'arbitrage entre ces deux options était généralement réalisé dans un sens favorable à l'enfant (*in mitius*) : à l'âge, l'attribution de droits politiques (avancement de la majorité à 18 ans en 1974) ou la responsabilité (irresponsabilité) pénale du mineur ; au discernement, les conditions de l'exercice de son droit d'être entendu (Hauser, 1999 : 12).

L'incapacité de l'enfant est une incapacité générale d'exercice et non de jouissance de ses droits, et la plus grande partie de ceux qui lui sont reconnus sont en réalité identiques à ceux qui sont reconnus à toute personne physique majeure.

Il n'en reste pas moins que la jouissance de droits suppose que leur exercice par les représentants légaux soit effectif. « L'enfant a droit à ses droits, aux droits qu'on lui rendra à 18 ans en tant qu'adulte » (Rubellin-Devichi, 1995 : 70). C'est sur l'effectivité de l'exercice des droits de l'enfant que l'on peut s'interroger.

La véritable question n'est en effet peut-être pas de savoir s'il « faut » ou si l'on « doit » donner plus de droits à l'enfant, mais de savoir s'il peut les exercer seul ou avec une assistance, en particulier lorsque leur jouissance effective est

remise en cause par l'inaction des représentants chargés de les exercer. Sur ce dernier point, il n'est pas inutile de rappeler qu'en droit français l'incapacité du mineur, qui entraîne sa représentation en justice par ses parents, ne lui interdit pas d'agir seul si sa santé, sa sécurité ou sa moralité sont en danger (assistance éducative)³ ou si ses intérêts paraissent en contradiction avec ceux de ses représentants⁴.

En dehors de ces situations pour lesquelles la protection de l'enfant suppose qu'il puisse agir de lui-même, les avancées en faveur de l'autonomie du mineur ne sont pas toujours protectrices, loin s'en faut. Il est nécessaire de distinguer la pré-majorité civile, qui consisterait finalement, non pas à donner plus de droits à l'enfant, mais à lui permettre d'exercer seul ses droits, avec tous les risques de l'exercice d'une liberté, et la participation de l'enfant à l'exercice de ses droits par la prise en compte de la parole de l'enfant.

La pré-majorité civile, incapacité atténuée ou capacité anticipée ?

Les déclarations passionnées et simplificatrices qui ont accompagné l'adoption de la convention de New York ont largement occulté une réalité un peu moins tranchée qu'on ne l'a prétendu⁵. En effet, si l'âge de la pleine capacité juridique est fixé depuis 1974 à 18 ans, l'attribution du plein exercice des droits à la majorité ne doit pas conduire à l'ignorance des situations pour lesquelles une pré-majorité existe déjà. Malgré cela, l'idée d'accorder aux mineurs ayant atteint l'âge de seize ans une « pré-majorité civile » refait régulièrement surface, la défense de l'autonomie du mineur prenant le pas sur sa protection.

Les contours de la capacité du mineur

L'incapacité corrigée

L'incapacité de l'enfant avant 18 ans est loin d'être absolue car il dispose d'une sphère de liberté et de droits, variable suivant l'âge ou le degré de maturité. La condition juridique du mineur est en réalité un « système d'incapacité corrigé par une autonomie à facettes » (Lemouland, 1997 : 7).

Ainsi, la loi ou les usages donnent parfois à l'enfant mineur la possibilité d'intervenir à l'acte, parfois même de l'accomplir seul⁶. Il en va ainsi d'un certain nombre d'actes, d'activités ou de procédures qui le touchent, en matière personnelle aussi bien que patrimoniale.

Parfois son consentement est requis à partir d'un seuil d'âge fixé légalement. On citera pour mémoire que le consentement du mineur de plus de treize ans est requis dans des cas où il ne peut agir seul : acquisition de la nationalité française⁷, changement de nom⁸ ou de prénom⁹, adoption simple¹⁰ ou plénière¹¹. Il est bien entendu indispensable pour le mariage de la jeune fille entre quinze et dix-huit ans¹².

Dans un tout autre domaine, l'enfant, dégagé des obligations scolaires à seize ans, peut conclure un contrat de travail avec l'autorisation parentale et par la suite sera considéré comme pleinement capable dans tous les actes relatifs à l'exercice de sa profession¹³. Dans ce but, il peut par ailleurs adhérer à un syndicat professionnel¹⁴ même s'il ne peut accéder aux fonctions de direction avant sa majorité. À partir de cet âge le mineur peut également faire seul son testament, mais celui-ci ne peut porter que sur la moitié des biens dont il pourrait disposer s'il était majeur.

Parfois l'intervention ou le recueil du consentement du mineur, lorsqu'il est prévu, passe par la

constatation préalable de son discernement, faute de quoi seuls ses représentants légaux seront, en principe, habilités à agir. C'est le cas pour un traitement médical ou chirurgical sur la personne de l'enfant¹⁵. L'enfant discernant peut même agir seul, sans l'autorisation ou le consentement de ses représentants légaux, pour une action en recherche de paternité intentée par la mère mineure¹⁶ ou la reconnaissance d'un enfant naturel. Toutefois, cette capacité de discernement ne serait pas requise lorsque la mineure demande à préserver le secret de son admission et de son identité lors de l'accouchement (voir Buffelan-Lanore, 1998, no 42; Neirinck, 1996).

On rappellera pour terminer sur ce point, et sans prétendre à l'exhaustivité¹⁷, que le mineur peut saisir directement le juge des enfants en matière d'assistance éducative et exercer personnellement un recours contre ses décisions; il peut également choisir son avocat. Il incombe seulement aux juges du fond de vérifier qu'il possède un discernement suffisant pour exercer ces prérogatives¹⁸. Par contre, son discernement ne semble pas requis pour qu'il puisse, dans certaines conditions, saisir le juge des tutelles pour que soit désigné un administrateur ad hoc chargé de représenter ses intérêts lorsqu'ils se révèlent en contradiction avec ceux de son représentant légal¹⁹.

Le discernement, c'est la capacité de distinguer une chose d'une autre et, partant, c'est la capacité de choisir. La liberté, comme le consentement, serait l'expression de ce choix. Que le législateur considère que le mineur s'exprime valablement à partir de tel ou tel âge, il lui appartient de le faire. Pourtant, parce qu'on est ici sur le terrain juridique, il faut prendre garde de ne pas mettre l'enfant discernant en face de choix sur lesquels il ne pourra plus revenir par la suite.

La capacité assistée

L'une des orientations proposées afin de s'assurer du consentement du mineur discernant ou ayant atteint un âge donné tout en ménageant sa protection est de faire intervenir ses représentants légaux. Encore faudrait-il accepter cette voie «de l'assistance» (Lemouland, 1997) et cesser de présenter les parents et les enfants comme des sujets de droits indépendants aux pouvoirs concurrents, orientation prise par les récentes réformes législatives en droit de la famille, dont Commaille a très justement montré qu'elles avaient fait disparaître «la notion d'institution au profit de celle d'individu évoluant, entre autres, au sein d'un espace familial» (1996, plus précisément p. 13).

Toutes les difficultés ne sont pas résolues pour autant. Que décider lorsque précisément le consentement de l'enfant ou de ses parents fait défaut?

Si l'enfant a la capacité d'exprimer son consentement (ce qui suppose le dépassement d'un seuil ou la capacité de discernement), son refus d'agir ou de consentir ne peuvent être remis en cause car l'acte le concerne personnellement.

Si c'est le consentement des représentants légaux qui fait défaut, on ne pourrait revenir en principe sur l'absence d'autorisation. Après tout, ils ont en charge la garde, l'éducation et la surveillance de leur enfant mineur. Deux exceptions sont quand même à envisager: le désaccord persistant entre les parents et la situation du mineur en danger.

— La divergence d'opinion parentale est parfois considérée comme un acquiescement. C'est le cas pour le mariage de la jeune mineure, où s'applique la maxime «dissentiment vaut consentement»: il suffit que l'un des représentants légaux soit consentant pour que le mariage

soit possible. Que décider dans les autres hypothèses, notamment lorsque les parents ne s'entendent pas sur la pratique religieuse suivie par l'enfant capable de discernement? La loi renvoie alors à la pratique antérieure des parents²⁰ et, à défaut d'accord, le juge aux affaires familiales saisi par l'un des parents tranchera après avoir tenté une conciliation des parents. Au final, sa décision devra être prise en fonction de l'intérêt de l'enfant, comme en témoigne une espèce dans laquelle une jeune mineure voulait devenir témoin de Jéhovah comme son père mais contre l'avis de sa mère²¹.

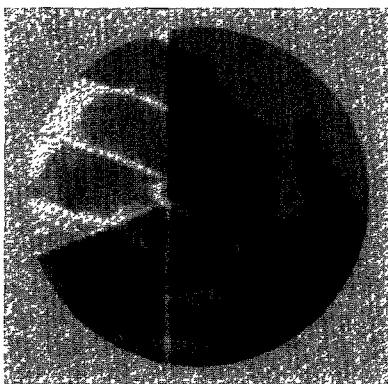
— Lorsque le désaccord parental est susceptible de mettre en danger l'enfant mineur, on peut envisager que le juge des enfants puisse passer outre au refus de l'un des parents. Toutefois, l'autorisation judiciaire ne peut être accordée que dans les cas où effectivement elle était prévue, c'est-à-dire en cas de réel danger pour sa santé, sa sécurité ou sa moralité. Le juge des enfants ne pourrait passer outre au refus de l'un des titulaires de l'autorité parentale d'autoriser l'enfant mineur à recourir à une interruption volontaire de grossesse qu'en considération de la situation de détresse de l'enfant²².

Un nouvel abaissement des seuils ?

L'accroissement de la capacité du mineur

Certains, dans le droit fil de la convention de New York, estiment qu'il faudrait donner à l'enfant davantage de pouvoir, une plus grande autonomie.

On propose ainsi que l'enfant accède à une majorité religieuse à partir de quinze ou seize ans (Malaurie et Aynes, 1999, no 787). Pourquoi d'ailleurs s'en tenir à la majorité religieuse? Et pourquoi à partir de cet âge précisément? La liberté d'opinion, de croyance ou de religion n'est pas sans risque



pour l'enfant mineur, en a-t-on bien mesuré les conséquences ? Les parents seront-ils tenus responsables des opinions émises publiquement par leur enfant ? Comment les parents, en parfait accord, pourront-ils soustraire leur enfant à l'emprise d'un mouvement sectaire ? Dans ce dernier cas, le recours à des mesures d'assistance éducative, s'il est possible, ne pourra être utilement mené que si l'enfant est en danger, peut être trop tardivement...

On propose également régulièrement d'instituer une pré-majorité bancaire à seize ans²³. Aujourd'hui un enfant de douze ans peut ouvrir un compte d'épargne avec une autorisation parentale, seize ans pour un compte chèques, et bénéficier d'une relative autonomie bancaire par la suite. Les banques sont très favorables à la pratique car elles voient dans le public jeune un potentiel de clients nouveaux, objet de convoitise et de séductions, au point que la doctrine a même évoqué le détournement « bancaire » de mineur... Face à ses difficultés financières, le mineur (plus exactement ses représentants légaux) invoquera bien certainement la nullité de la convention d'ouverture de compte pour incapacité. Sans texte particulier, seule la qualification d'acte de la vie courante permettrait à ces pratiques d'échapper à la nullité, et cette qualification dépend en grande partie

de l'importance objective et subjective de l'acte. On en est assez loin²⁴, seule une loi saurait rendre l'ensemble de ces pratiques incontestable au plan strictement juridique. Faut-il le souhaiter ? Une pré-capacité bancaire généralisée paraît anachronique voire provocatrice, quand on la compare aux situations de dépendance économique²⁵ de « jeunes adultes » (Singly, 1998 : 361 et suiv.) ou « jeunes majeurs » (Hauser, 1991 ; Fossier, 1999) ou encore aux tentatives législatives de règlement des difficultés financières des ménages de couples majeurs...

Allant plus loin encore, on a parfois envisagé la possibilité que l'enfant puisse demander lui-même son émancipation, mesure qui permet à l'enfant âgé de seize ans au moins d'accéder à la capacité civile comme un majeur et de ne plus être soumis à l'autorité parentale. Sans revenir sur un régime dont l'utilité est plutôt incertaine depuis que l'âge de la majorité a été abaissé à 18 ans, rappelons que le juge des tutelles ne peut prononcer cette émancipation que s'il en a de justes motifs et sur demande des parents. L'enfant est seulement entendu.

Si certains auteurs semblent favorables à cette demande d'émancipation par l'enfant (par exemple Hauser, 1999 : 13), d'autres, notamment la commission dirigée par le professeur Dekeuwer-Desfossez,

rejetten cette idée, au motif qu'elle serait perçue symboliquement comme une possibilité offerte à l'enfant de divorcer de ses parents. La possibilité, même dans sa dimension symbolique, deviendrait alors réciproque et l'on peut craindre que des parents voient là une occasion fort opportune de dégager leur responsabilité civile désormais engagée de plein droit²⁶.

L'accroissement de la responsabilité de l'enfant

Toute pré-majorité qui anticipe la reconnaissance d'une pleine capacité juridique est source de responsabilité²⁷. L'accroissement de l'autonomie juridique et des pouvoirs du mineur diminue nécessairement sa protection. Dans l'euphorie de l'expression des droits de l'enfant, la question de la responsabilité a parfois été oubliée, et si écrire aujourd'hui que bénéficier de droits c'est aussi en supporter les devoirs est devenu un lieu commun, il est moins courant de lire sous la plume des auteurs la défense de l'irresponsabilité du mineur, autrement dit de sa protection. Ainsi que la sociologue I. Théry l'écrivait dans *le Démariage*, « l'incapacité juridique n'est rien d'autre que le droit à une certaine irresponsabilité, c'est-à-dire n'être pas soumis aux devoirs qu'implique la capacité » (Théry, 1996 : 370).

En France, depuis les arrêts 1984 (Lemaire et Derguini), l'assemblée plénière de la Cour de cassation juge que la faute du mineur peut être retenue même s'il n'est pas capable de discerner les conséquences de son acte. Le rejet de la notion d'âge ou de discernement au profit d'une responsabilité objective de l'enfant mineur s'explique assez bien dans une logique d'indemnisation : on assure ainsi la réparation des dommages subis par la victime mineure. Mais dès lors que la victime mineure est également partiellement respon-

sable, on lui oppose sa «faute objective» pour diminuer son droit à réparation... ce qui peut aboutir à des conséquences totalement opposées aux buts initialement poursuivis, c'est-à-dire la protection de la victime. La Cour de cassation juge ainsi que l'enfant de huit ans qui a été brûlé alors qu'il jouait sous une table et a brusquement surgi et heurté un autre enfant transportant une casserole d'eau bouillante a eu «un comportement constituant une faute ayant concouru à la réalisation du dommage»²⁸ ! Quelle différence avec la situation de la jeune victime d'un accident de la circulation qui ne peut se voir refuser une indemnisation que lorsque le dommage subi a été volontairement recherché²⁹ !

En dehors de la responsabilité civile de l'enfant, on peut souligner les tentations toujours présentes d'accroître, à l'occasion d'affaires surmédiatisées, la responsabilité pénale des jeunes mineurs. Avant treize ans, l'irresponsabilité pénale du mineur est en principe absolue, il peut seulement faire l'objet d'une mesure éducative. Entre treize et dix-huit ans, il peut être condamné pénalement mais uniquement dans des situations exceptionnelles et avec le bénéfice éventuel de l'excuse de minorité, automatique entre treize et seize ans, facultative entre seize et dix-huit ans. Surtout, les mineurs bénéficient de juridictions spécialisées, le juge et le tribunal pour enfants. L'avancement de la majorité pénale de l'enfant serait donc principalement réalisé par la suppression des juridictions spécialisées et l'abrogation d'une partie des mesures éducatives.

Les craintes exprimées³⁰ n'ont pas découragé quelques timides avancées juridiques en ce sens. Ainsi, la loi du 1^{er} février 1994 prévoit, certes dans des situations exceptionnelles, que le mineur de dix à treize ans soit retenu dans des conditions proches de la garde à

vue, ou la loi du 1^{er} juillet 1996 relative à l'enfance délinquante autorise le recours à des procédures de jugement en urgence proches de celles applicables aux adultes³¹, sans parler des diverses initiatives avortées d'instauration de couvre-feux interdisant aux mineurs de treize ans de circuler après la tombée de la nuit...

L'enfant mineur doit bénéficier d'une protection, c'est ainsi que l'entend la Déclaration universelle des droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1959 lorsqu'elle affirme que «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». L'attribution de «droits» supplémentaires, entendue comme l'exercice autonome de droits dont il aurait déjà la jouissance, comme l'accroissement de sa responsabilité, ne répond pas à cet objectif de protection. Il reste à déterminer si l'audition du mineur n'est pas le moyen de renforcer l'effectivité de ses droits.

Une pré-majorité procédurale : la parole et l'audition du mineur

Le droit de l'enfant à être entendu dans toute procédure administrative ou judiciaire l'intéressant, gravé désormais dans l'article 12 de la convention de New York, a incité le législateur français à prévoir formellement cette audition dans l'article 388-1 du Code civil³². L'introduction de cet article ne constituait pas vraiment une nouveauté, mais plutôt une généralisation du recours ponctuel à l'audition. À la «frontière du droit processuel et du droit substantiel, entre la mesure d'information et le droit fondamental du mineur» (Watine-Drouin, 1998, no 8), les

discussions sur la réalité et l'effectivité de ce droit annoncé sont toujours très vives, comme en témoigne un rapport sur le droit de la famille qui propose de «Mieux faire entendre la parole de l'enfant» (Dekeuwer-Desfossez, 1999 : 109 et suiv.).

L'enfant auditionné et l'enfant discernant

L'audition du mineur, élément de procédure ou droit subjectif

En matière d'assistance éducative, nous l'avons déjà dit, le mineur a la faculté de saisir le juge des enfants et d'exercer personnellement un recours contre ses décisions ; il a également la liberté de choisir son avocat. Le code de procédure civile prévoit que l'audition du mineur est obligatoire pendant la phase d'instruction, facultative lors de l'audience. Plus largement, et sous l'impulsion de la convention de New York, le juge peut désormais entendre l'enfant capable de discernement dans toute procédure qui le concerne. Auparavant, l'enfant devait avoir atteint l'âge de treize ans.

L'audition n'est cependant pas automatique : elle est liée à la constatation de la capacité de discernement de l'enfant mineur par le juge et à sa décision d'entendre l'enfant.

Ce renvoi législatif au discernement laisse au seul pouvoir du juge le soin de déterminer la capacité de discernement de l'enfant. Comment le juge peut-il l'apprécier ? Faut-il pour cela une pré-audition ? Quelle en serait alors la condition ? Le juge peut faire procéder à une audition indirecte par une enquête sociale ou une expertise psychologique. On peut craindre alors la tentation pour certains juges de renvoyer systématiquement à l'expert la question de l'appréciation du discernement³³. La crainte n'est peut-être pas entièrement fondée, puisque en pratique il

semble que les juges se réfèrent surtout à l'âge des enfants : l'audition des adolescents est aisément admise, celle des jeunes enfants est le plus souvent écartée sans aucun recours à l'expertise (sur l'ensemble, voir Watine-Drouin, 1998, no 23 et suiv.).

L'appréciation du discernement de l'enfant, condition de son audition, ne la rend en aucune façon obligatoire pour le juge. En effet, le texte prévoit seulement la possibilité et non l'obligation d'entendre l'enfant. Le législateur a bien prévu que lorsque celui-ci en fait lui-même la demande, l'audition ne pourrait être écartée que par une décision spécialement motivée. Mais cette disposition n'interdit pas le refus d'audition, elle suppose seulement qu'il soit motivé, par exemple par l'absence de discernement. Le législateur n'a prévu aucun recours contre ce refus d'audition...

Singulier droit que celui dont l'exercice est subordonné à l'appréciation préalable d'un magistrat et dont la mise en œuvre n'est pas garantie par la possibilité d'appel. Même si certains auteurs présentent encore l'audition de l'enfant comme un véritable droit subjectif de l'enfant (Alt-Maes, 1996 : 118, no 3), ce droit apparaît plutôt comme une simple « mesure d'organisation du procès » (Hauser, 1999 : 17), un moyen d'information.

Quelle est donc la raison du maintien de la condition de discernement à l'audition de l'enfant ? Il ne s'agit pas d'obtenir l'acquiescement de l'enfant à une décision gracieuse ou contentieuse, ni de vérifier sa capacité d'exercer un droit personnel, mais d'éclairer le juge dans sa décision. On propose donc de supprimer entièrement le critère de discernement et de donner la possibilité au juge d'entendre, directement ou par la médiation d'une personne désignée à cet effet, le mineur quel que soit son âge (Dekeuwer-Defossez, 1999). Le refus resterait possible en raison du jeune âge ou de l'intérêt de l'enfant, mais il devrait être motivé et le recours contre le refus serait ouvert. La pratique en serait-elle profondément modifiée ? Si cette réforme avait lieu³⁴, on peut souhaiter vivement que des mesures soient mises en place pour « encadrer » ces auditions et les adapter à la personnalité ainsi qu'à l'âge des enfants auditionnés. On peut aussi espérer que l'enfant pourra refuser librement de s'exprimer.

Le droit de ne pas être entendu

Protéger l'enfant c'est peut être l'entendre quand son intérêt d'enfant, et non simplement sa qualité de personne physique en faisant abstraction de sa minorité, le commande. C'est sans doute également ne pas l'entendre quand ce même intérêt est en jeu. Pourquoi, après tout, l'enfant ne pourrait-il avoir, parmi tous ces droits que chacun s'accorde à lui reconnaître, celui d'être préservé sans être oublié ? Alors qu'il n'est qu'auditionné, le mineur se trouve directement confronté aux institutions judiciaires, dont Hervé Hamon³⁵ rappelait très justement la violence : « Il existe certes une violence légitime de l'appareil judiciaire, mais il nous paraît curieux et inquiétant que, finalement, la seule question traitée

soit celle de la prise en compte de la parole de l'enfant dans le système judiciaire »³⁶.

Il faut bien se garder de rendre l'audition de l'enfant obligatoire dans toutes les hypothèses, pour ne pas transformer son audition en « fardeau » (Meulders-Klein, 1996 : 143). Sur ce point, on ne peut que souligner de nouveau les risques pour l'enfant de participer à toute procédure, son intérêt étant parfois de rester à l'écart du contentieux conjugal ou parental (voir déjà Théry, 1996 : 381), de ne pas être tenu informé des moindres détails de la procédure et des faits qui y ont mené, de ne pas avoir à se prononcer.

Comment alors ne pas approuver, parce que l'intérêt de l'enfant prend le pas sur l'audition formelle du mineur, les juges d'appel qui jugent contraire à l'intérêt de l'enfant de onze ans sa nouvelle audition en appel, sa volonté ayant été clairement exprimée devant le premier juge³⁷, ou rejettent l'audition du mineur qui n'a pas encore sept ans afin de pas « faire peser sur ses jeunes épaules un poids sans commune mesure avec l'intérêt présenté à l'audition »³⁸ ?

L'intérêt de l'enfant, c'est parfois le droit d'être entendu, c'est également le droit à l'ignorance, à l'insouciance. Sa parole ne doit pas pouvoir être retournée contre lui, et l'une des manières d'assurer cet objectif est de garder une certaine discrétion sur son intervention. La Cour de cassation du 14 janvier 1998³⁹ décide en ce sens que, sauf demande spéciale du mineur, l'audition de l'enfant lors de l'enquête sociale est suffisante pour que le juge puisse se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et le droit de visite. On évite ainsi le procès-verbal d'audition qui serait versé au dossier...

Il n'en reste pas moins, il est vrai, que l'absence de procès-verbal d'audition du mineur heurte le principe du contradictoire en interdisant aux parents de connaître tous les éléments que le juge a pris en compte pour prendre sa décision.

Sur ce point de procédure, qui a des conséquences pratiques et soulève des problèmes constants, la commission sur la réforme du droit de la famille a préféré « trancher » (Dekeuwer-Defossez, 1999: 114) en faveur de l'intérêt de l'enfant. On peut défendre ce point de vue en présentant l'audition de l'enfant comme la conséquence de son droit d'être entendu et non de sa qualité de partie à la procédure, ce qui ne lui est pas accordé⁴⁰. Mais l'entorse au principe du contradictoire résisterait-elle longtemps à l'examen de la Cour européenne des droits de l'homme⁴¹ ?

L'augmentation des pouvoirs de l'enfant entraîne inéluctablement l'accroissement de ses obligations. On touche ici aux limites techniques et juridiques de la mise en œuvre concrète des droits généralement et généreusement énoncés par une convention internationale.

De l'audition à la participation, le pas ne demandait qu'à être franchi, même si les conditions de la première, comme celles de la seconde restent encore bien obscures.

L'audition et la participation de l'enfant

De la famille à l'État, d'une institution à l'autre, les promoteurs des droits de l'enfant défendent l'idée d'une participation de l'enfant aux décisions qui le concernent, quel qu'en soit le domaine. Les bonnes intentions et les déclarations optimistes sont parfois contredites par le fait que les mesures d'association de l'enfant à la décision restent le plus souvent symboliques.

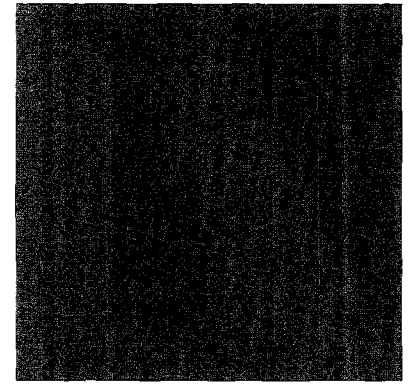
De la vie familiale...

Le groupe de travail sur la famille dirigé par Françoise Dekeuwer-Defossez propose « d'associer l'enfant à l'œuvre d'éducation menée par ses parents ». Tout comme en matière d'audition de l'enfant en justice, le rapport souhaite que les père et mère associent l'enfant aux décisions qui le concernent, en considération de son âge et de son degré de maturité. D'emblée, la disposition est présentée comme symbolique par ses auteurs, avec le vœu que le texte puisse servir de support aux parents et au juge en cas de conflit familial, par exemple sur le choix relatif à la religion de l'enfant, à l'orientation de ses études ou au type d'établissement dans lequel il sera éduqué.

Il nous est difficile de partager ce souhait. L'enfant, en fonction de son âge, de son sexe, de sa culture, de son éducation, de ses occupations extérieures, est plus ou moins associé à la vie familiale, dans l'accomplissement matériel des tâches ménagères comme dans ses choix. Il n'y a là rien de juridique et les familles heureuses n'ont pas besoin de règles de droit pour fonctionner au quotidien. Est-il nécessaire d'aller plus loin et de formaliser cette participation à travers une directive générale ? On peut rester dubitatif quant à l'utilité et à l'efficacité de cette mesure pour l'enfant, et craindre un accroissement des pouvoirs d'intervention du juge en matière familiale.

... à la vie publique

Depuis quelques années, on voit ici et là surgir des initiatives dont le but est de promouvoir la participation des enfants à la vie publique. Cette participation, expression parmi d'autres d'une « citoyenneté » de l'enfant⁴², servirait de tremplin à son émancipation de la toute-puissance paternelle ou, plus



modestement, de l'autorité de ses représentants légaux.

L'un des premiers pas en direction de cette citoyenneté précoce a été réalisé par le projet de loi du 13 juin 1974 octroyant la majorité politique à 18 ans. En raison des difficultés constitutionnelles⁴³ que n'aurait pas manqué de provoquer la déconnexion de la majorité politique et de la majorité civile, cette loi a fixé la majorité, tant politique que civile, à 18 ans. Aujourd'hui, la constitution ayant peu changé sur ce point, les mêmes causes auraient les mêmes effets : les partisans d'une majorité politique à seize ans en ont-ils bien pesé toutes les conséquences ?

Les exemples d'association des enfants à la vie collective ne manquent pas. À peu près un millier de communes, treize conseils généraux et trois conseils régionaux tenaient un conseil d'enfants et de jeunes en 1998. Sans toujours avoir d'information sur l'incidence de la participation des enfants sur la décision des élus adultes, on estime d'ores et déjà que pour les enfants la contribution aurait eu trois effets principaux : elle « leur a permis d'apprendre à se comporter en groupe », elle « a valorisé l'image du vote, qui leur semble désormais un devoir tout autant qu'un droit », elle a « revalorisé l'image des élus locaux adultes qui leur apparaissent comme pleins de bonne volonté »⁴⁴.

Inspiré par le même souci que l'enfant prenne «sa part de responsabilité»⁴⁵, le Parlement des enfants est à l'origine de trois propositions de texte adoptées par le Parlement : la loi du 30 décembre 1996, qui préserve les liens entre frères et sœurs en cas d'éclatement de la cellule familiale, la loi du 14 mai 1998, permettant à l'enfant orphelin de participer au conseil de famille, et la loi du 9 juin 1999, visant à inciter au respect des droits de l'enfant dans le monde, notamment lors de l'achat de fournitures scolaires. Sur cette dernière influence législative, on peut regretter que l'effort pédagogique n'ait pas été mené jusqu'à son terme pour informer les «jeunes députés» qu'entre le projet qu'ils avaient élaboré et la loi adoptée, les parlementaires avaient transformé «un texte impératif inapplicable» en «un texte incitatif d'intention»⁴⁶.

La participation des enfants ne serait donc pas tant l'occasion de les écouter que de les «responsabiliser» davantage en les sensibilisant à une vie politique malgré tout réservée aux adultes... On peut être sensible à un tel résultat, mais est-il vraiment nécessaire de le présenter comme l'expression d'un droit subjectif ou d'une liberté publique ?

Plus généralement, on peut regretter qu'une question aussi sérieuse que celle de la protection des enfants mineurs dans un sys-

tème juridique tel que le nôtre ne donne pas lieu à une réflexion d'ensemble sur son statut, sur les conditions et les conséquences de l'octroi de droits nouveaux, ainsi que sur l'efficacité et la mise en œuvre de ces droits. Au lieu de cela, le législateur multiplie les dispositifs ponctuels, partiels et, parfois, contradictoires, quand, sous le couvert d'un accroissement de l'autonomie de l'enfant, c'est la responsabilité de celui-ci qu'il engage et sa protection qu'il diminue.

Gaël Henaff
Université de Rennes 2

Notes

¹ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 ; la signature des soixante premiers pays a eu lieu lors de la cérémonie officielle organisée à New York le 26 janvier 1990.

² Le crime commis par un mineur l'après-midi de son anniversaire alors qu'il est né en fin de matinée relève de la Cour d'assises ordinaire : cour de cassation, chambre criminelle, 3 septembre 1985, rapporté par J. P. Gridel, *Recueil Dalloz*, 1998, Chronique, p. 90, note no 3a.

³ Article 375 du Code civil.

⁴ Article 389-3 du Code civil.

⁵ «N'a-t-on pas dit, et jusqu'à plus soif, que les enfants de notre pays n'étaient encore que des objets, des sous-êtres, des choses qu'il serait temps de considérer "enfin" comme des personnes ? Un peu éberlués tout de même du déferlement démagogique, un peu gênés de tant de vertu, se disant à part eux que la situation n'était peut-être pas si noire, les spécialistes de l'enfance ont laissé passer la vague » (Théry, 1996 : 369).

⁶ La directive est depuis longtemps dans les articles 389-3 et 450 du Code civil.

⁷ Article 21-11 al. 2 du Code civil.

⁸ Article 61-3 du Code civil.

⁹ Article 60 al. 2 Code civil.

¹⁰ Article 360 du Code civil.

¹¹ Article 345 al. 3 du Code civil.

¹² Bien que sa fin ait été annoncée et que son application soit fort rare, l'article 144 du

Code civil ouvre la voie du mariage aux jeunes filles de plus de quinze ans.

¹³ Article 1308 du Code civil. Il faut relever que l'exercice de la profession commerciale est prohibé pour le mineur, même émancipé.

¹⁴ Article L. 411-5 du Code du travail.

¹⁵ Voir par exemple, pour le prélèvement d'organes, l'article 671-4 du Code de la santé publique. Le recours à l'interruption volontaire de grossesse suppose un consentement donné hors la présence du représentant légal : article 162-7 du Code de la santé publique.

¹⁶ Article 340-2 du Code civil.

¹⁷ Pour un exposé complet de la condition juridique des mineurs, voir par exemple Buffelan-Lanore, 1998.

¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, *Recueil Dalloz*, 1996, jurisprudence, p. 420, note Goutte-noire.

¹⁹ Article 389-3 du Code civil.

²⁰ Article 372-1-1 du Code civil.

²¹ Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1991, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation 1991, I, no 196 : née de parents catholiques et ayant été baptisée, les juges du fond ont souverainement estimé qu'elle devait attendre la majorité pour exercer son choix.

²² Dans un sens favorable, Tribunal pour enfants Évreux, 8 novembre 1982. *Recueil Dalloz*, 1983, p. 218, note P. Raynaud ; en sens contraire, CA Bordeaux, 4 déc. 1991, *Recueil Dalloz*, 1993, p. 129, note Dubac : les juges refusent d'autoriser l'IVG mais relèvent le caractère abusif du refus des parents d'y consentir.

²³ *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant*, Rapport au secrétaire d'État à la famille, La Documentation française, 1993, p. 53 et suiv.

²⁴ Contre cette qualification, Thierry Garé, note sous cass. 1^{re} civ. 12 novembre 1998, *Semaine juridique*, 1999, II, 10053.

²⁵ Pour mémoire, on mentionnera seulement les articles 205 à 207 du Code civil sur l'obligation d'aliments entre parents et enfants et — la situation juridique étant nettement différente — l'obligation d'entretien et d'éducation de l'article 203 du Code civil, qui se poursuit dans certains cas après la majorité de l'enfant.

²⁶ Voir l'arrêt Bertrand de la cour de cassation en date du 19 février 1997 et les nombreux commentaires qu'il a suscités, parmi lesquels P. Jourdain, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 265, et G. Viney, *Semaine juridique*, 1997, II, no 22848.

²⁷ T. Garé, note sous cass. 1^{re} civ. 12 novembre 1998, *Semaine juridique*, 1999, II, 10053.

- ²⁸ Cass. civ. 2^e, 28 février 1996, *Juris-Data*, no 000736, *Recueil Dalloz*, 1996, p. 602, note Duquesne.
- ²⁹ Article 3 de la loi no 85-677 du 5 juillet 1985.
- ³⁰ Tentations dénoncées notamment par le rapport Théry (1998 : 165-167). Voir également les inquiétudes exprimées par le Président de la Ligue des droits de l'homme, Henri Leclerc, et la Présidente de la commission « Droits de l'enfant », Élisabeth Auclair, lors des auditions préparatoires au rapport Bret, dans Bret, 1998, t. II. Comp. Lavalée, 1996 : 253-254 et suiv.
- ³¹ Voir également la proposition de loi Cardo relative à « l'enfance en danger et aux mineurs délinquants » déposée à l'Assemblée nationale le 17 février 1999.
- ³² Art. 388-1 (*L. no 93-22 du 8 janv. 1993*) : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet.
- Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.
- L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. »
- ³³ Voir en ce sens les remarques de T. Fossier, *Semaine juridique*, 1998, I, 101.
- ³⁴ La demande n'est pas générale, elle ne figure pas dans le rapport no 871 de la commission d'enquête sur l'état des droits de l'enfant en France (Bret, 1998).
- ³⁵ Président de l'Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille.
- ³⁶ Audition de M. Hervé Hamon, extrait du procès-verbal de la séance du 26 février 1998, dans Bret, 1998, t. II.
- ³⁷ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 27 janvier 1998, rapporté par Y. Favier, *Semaine juridique*, 1999, I, 101, p. 19.
- ³⁸ C. A. Toulouse, 21 avril 1998, cité par J. Hauser, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 830.
- ³⁹ Cass. civ. 14 janvier 1998, rapporté par Y. Favier, précité.
- ⁴⁰ Voir l'article 388-1 al. 3 du Code civil (*L. no 93-22 du 8 janv. 1993*) : « L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure ».
- ⁴¹ Voir arrêt McMichael c. Royaume-Uni, rendu le 24 février 1995, *Recueil 1995*, notice A 307-B ; D 1995, p. 449, note M. Huyette.

- ⁴² « Beaucoup de gens disent encore à propos de l'enfant : "il faut le préparer à être citoyen". La convention vient dire : "Non, il est déjà citoyen" ». P. Rosenczweig, Président du Tribunal pour enfants de Bobigny, cité par Théry, 1996 : 376.
- ⁴³ Voir l'article 3, alinéa 4, de la constitution de 1958, qui lie majorité politique et majorité civile.
- ⁴⁴ Didier Boulaud, Président de l'Association nationale des conseils d'enfants et de jeunes, Audition dans Bret, 1998, t. II.
- ⁴⁵ Voir le discours de Laurent Fabius prononcé à l'occasion de l'ouverture de la séance annuelle du Parlement des enfants, le 16 mai 1998 : « Je souhaite que vous tiriez de l'expérience que vous avez vécue cette année la conviction que la politique doit être le souci de construire l'avenir et que chaque habitant, jeune ou moins jeune, doit prendre sa part de responsabilités, comme sur un chantier » (sic).
- ⁴⁶ Propos tenus par Ph. Richert, sénateur, rapportés dans une critique sans indulgence de la loi par Jamin, 1999.

Bibliographie

- ALT-MAES, F. 1996. « Le discernement et la parole du mineur en justice », *Semaine juridique, édition générale*, I, 3913 : 117-122.
- ARDEEF, I. 1997. « Le droit pour une mineure d'accoucher sous X », note sous C. A. Agen 14 décembre 1995 et cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, *Semaine juridique*, II, 22749 : 1-4.
- BUFFELAN-LANORE, Y. 1998. « Minorité », *Juris-Classeur civil*, article 388 : 1-16.
- BRET, J.-P. 1998. « Rapport au nom de la commission d'enquête sur l'état des droits de l'enfant en France, notamment au regard des conditions de vie des mineurs et de leur place dans la cité », no 871, 2 tomes, *Journal officiel* du 6 mai 1998.
- COMMAILLE, J. 1996. « Les droits de l'enfant : une universalité sans évidence », dans J. RUBELLIN-DEVICHI et F. RAINER, dir. *L'Enfant et les conventions internationales*. Lyon, PUL : 13-17.
- CORNU, G. 1996. *La Famille*. Montchrestien, Précis Domat, 5^e éd.
- COURBE, P. 1997. *Droit de la famille*. Paris, Armand Colin, Collection U.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. 1993. *Les Droits de l'enfant*. Paris, PUF, Que sais-je ?
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., dir. 1999. *Rénover le droit de la famille. Proposi-*

tions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps. Rapport au Garde des sceaux, ministre de la Justice, septembre.

- DESCAMPS, N. 1996. *Le Droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*. Lille, décembre, thèse dactyl.
- FOSSIER, T. 1999. « La solidarité familiale en faveur du jeune majeur », dans *Demain la famille*, 95^e congrès des notaires de France, *Petites Affiches*, no 84, 28 avril : 54-57.
- GRIDEL, J.-P. 1998. « L'âge et la capacité civile », *Recueil Dalloz*, chronique : 90-99.
- HAUSER, J. 1991. « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur » dans *L'Enfant, la famille et l'argent*. LDGJ : 163 et suiv.
- HAUSER, J. 1996. « Des petits d'hommes ou des petits hommes », dans J. RUBELLIN-DEVICHI et F. RAINER, dir. *L'Enfant et les conventions internationales*. Lyon, PUL : 471-487.
- HAUSER, J. 1998. « La convention internationale des droits de l'enfant entre au Conseil d'État », *Revue trimestrielle de droit civil* : 76-77.
- HAUSER, J. 1999. « Du discernement ou une famille réduite à la procédure ? », dans *Demain la famille*, 95^e congrès des notaires de France, *Petites Affiches*, no 84, 28 avril : 13-18.
- JAMIN, Ch. 1999. « De la contribution du parlement des enfants aux œuvres du parlement des adultes », *Revue trimestrielle de droit civil*, 3 : 712-714.
- LAVALÉE, C. 1996. « La CIDE et l'incapacité juridique du mineur sous le nouveau Code civil du Québec », dans J. RUBELLIN-DEVICHI et F. RAINER, dir. *L'Enfant et les conventions internationales*. Lyon, PUL : 249 et suiv.
- LEMOULAND, J.-J. 1997. « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1 : 1-24.
- MALAUURIE, P. et L. AYNES. 1999. *Cours de droit civil*, tome III, *La Famille*, par P. MALAUURIE, Paris, éditions Cujas.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T. 1996. « Les droits de l'enfant. À la recherche d'un équilibre entre parents et enfants », dans J. RUBELLIN-DEVICHI et F. RAINER, dir. *L'Enfant et les conventions internationales*. Lyon, PUL : 133-147.
- NEIRINCK, C. 1996. « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *Semaine juridique*, édition générale, I, no 3922 : 149-154.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. 1995. « Le non droit et l'intérêt supérieur de l'enfant », dans P. MASOTTA, éd. *Le Non Droit des jeunes*. Syros, Thémis : 70.

- RUBELLIN-DEVICHI, J., dir. 1999. *Droit de la famille*. Paris, Dalloz action.
- RUBELLIN-DEVICHI, J., et F. RAINER, dir. 1996. *L'Enfant et les conventions internationales*. Lyon, PUL.
- SINGLY, F. de. 1998. « La question politique des jeunes adultes », dans I. THÉRY, dir. *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*. Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des sceaux, ministre de la Justice. Paris, Odile Jacob, La Documentation française : 361-381.
- TERRE, F., et D. FENOUILLET. 1996. *Les Personnes, la famille, les incapacités*. Paris, Précis Dalloz.
- THÉRY, I. 1996 [1993]. *Le Démariage. Justice et vie privée*. Paris, Éditions Odile Jacob.
- THÉRY, I., dir. 1998. *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*. Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des sceaux, ministre de la Justice. Paris, Odile Jacob, La Documentation française.
- WATINE-DROUIN, C. 1998. « Audition du mineur en justice, défense de ses intérêts », *Juris-Classeur civil*, articles 388-1 et 388-2 : 1-24.