

Quelques informations juridiques

par **Dominique DUBOIS**, *conseillère technique du CREAL de Bourgogne*

◆ **Audition de l'enfant en justice (décret n° 2009-572 du 20 mai 2009)**

Le décret du 20 mai 2009 précise les modalités d'application de l'article 388-1 du Code civil qui avait été modifié par la loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance. Cet article rend désormais obligatoire l'audition du mineur capable de discernement, dans toute procédure le concernant (assistance éducative, divorce des parents, adoption, etc.). Il impose également au juge d'informer le mineur sur son droit à être entendu et assisté par un avocat.

Le décret précise également que la demande d'audition n'a pas à émaner obligatoirement de l'enfant lui-même mais peut être présentée par l'une des parties (la Cour de cassation avait, en 2007, rejeté la demande d'un enfant de 8 ans présentée dans une lettre émanant du père). Si l'enfant désire être assisté par un avocat et qu'il n'en choisit pas un lui-même, c'est le bâtonnier de l'ordre qui le désignera.

Enfin, il est désormais rédigé un compte-rendu de l'audition établi par le juge et versé au dossier, dans le respect de l'intérêt de l'enfant (ce qui permet de n'indiquer que ce qui ne préjudiciera pas à l'enfant).

Article 388-1 du Code civil (modifié par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007)

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

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

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

◆ **Suppression de la défenseure des enfants**

Un projet de loi organique relatif au défenseur des droits a été déposé au Sénat le 9 septembre 2009. Il s'agit, pour le ministère de la Justice de renforcer les possibilités de recours non juridictionnel dont disposent les citoyens pour la défense de leurs droits. Le défenseur des enfants et le médiateur de la République disparaîtraient au profit d'un défenseur des droits disposant de pouvoirs accrus : pouvoir d'injonction à l'administration ou à l'organisme mis en cause, proposition de transaction, présentation d'observations dans une affaire en cours, saisine du Conseil d'Etat, droit d'accès inopiné aux locaux administratifs ou privés, etc.

Objectivement, ses pouvoirs sont donc accrus (le défenseur des enfants ne disposait que d'un pouvoir de recommandations) ; cependant, la suppression du défenseur des enfants va sans aucun doute faire perdre de la visibilité à ce rôle de défense et de promotion des droits des enfants. D'autre part, les missions du défenseur des droits ne reprennent pas l'intégralité des missions qui étaient exercées par le défenseur des enfants, en particulier la promotion des droits de l'enfant (alors que l'on fête les 20 ans de la Convention internationale des droits de l'enfant...) et les missions de recommandations et de propositions législatives.

Le réseau européen des défenseurs des enfants (ENOC), qui comprend 35 défenseurs des enfants dans 28 pays européens, a rappelé combien il était important qu'il existe un médiateur indépendant, spécifiquement responsable des droits des enfants avec une identité et une visibilité claire, susceptible de faciliter le contact avec les enfants et de faire progresser la cause des enfants grâce à des pouvoirs et à des moyens renforcés.

◆ **Vie familiale des détenus**

➤ **Unité de vie familiale (circulaire DAP, BO Justice, n° 2009-02)**

Un circulaire du 26 mars 2009 précise les modalités de fonctionnement des unités de vie familiale (UVF) qui permettent aux personnes détenues condamnées de recevoir des visites de membres de leurs familles ou de leurs proches durant plusieurs heures, sans surveillance, dans un appartement meublé situé dans l'enceinte pénitentiaire, à l'extérieur de la détention.

➤ **Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009**

La loi pénitentiaire donne un fondement législatif au droit au maintien des relations familiales ainsi qu'aux unités de vie familiale et aux parloirs familiaux. Les prévenus doivent pouvoir être visités au moins 3 fois par semaine par les membres de leurs familles ou d'autres personnes et les condamnés au moins une fois par semaine. Les détenus pourront bénéficier d'au moins une visite trimestrielle dans une unité de vie familiale ou dans un parloir familial (la durée est fixée en tenant compte de l'éloignement du visiteur).

Les détenus peuvent désormais se pacser, y compris avec un autre détenu.

D'autre part, la loi généralise l'accompagnement social proposé aux mères détenues avec leurs enfants et prévoit un dispositif de sortie régulière des enfants à l'extérieur de l'établissement pour permettre leur socialisation.

Enfin, la loi prévoit que tout examen gynécologique et tout accouchement doivent se faire sans que la patiente ne soit entravée et en dehors de la présence du personnel pénitentiaire.

◆ **Tutelle des mineurs : report du transfert de compétence au JAF**

Une circulaire ministérielle du 4 août 2009 adressée aux présidents de Cour d'appel a annoncé le report de l'entrée en vigueur du transfert de compétence en matière de tutelle des mineurs, du juge des tutelles (TI) au JAF (TGI) qui était prévu au 1^{er} janvier 2010. Faute de moyens, un texte sera prochainement adopté afin de déterminer la date d'entrée en vigueur effective de cette disposition.

◆ **Annulation du refus d'agrément à l'adoption d'un couple de même sexe (TA Besançon, 10 novembre 2009)**

Melle B., vivant en couple depuis 18 ans avec une autre femme, avait déposé une demande d'agrément à l'adoption en 1998. Il lui avait été refusé. Le Conseil d'Etat valida ce refus en 2002, estimant qu'il était fondé sur « l'absence d'image ou de référent paternel. ».

La Cour européenne de droits de l'Homme condamna la France en 2008, le recours systématique à l'absence de référent paternel, sans autre justification objective, pouvant dissimuler une discrimination relative à l'orientation sexuelle.

Saisi d'une seconde demande d'agrément, le Conseil Général refusa à nouveau.

Le Tribunal administratif vient d'annuler ce refus, jugé insuffisamment motivé : alors que le rapport social et le rapport psychologique étaient favorables à l'agrément, la commission d'agrément avait donné un avis négatif en invoquant de supposées divergences au sein du couple.

◆ **Majeurs protégés**

➤ **Les conditions du recours à un tiers extérieur à la famille pour exercer une mesure de protection (Cour de cassation, Civ. 1^{ère} 8 avril 2009 – 2 arrêts)**

La loi de 1968 avait posé le principe absolu de la priorité familiale pour exercer les mesures de protection à l'égard de leurs membres vulnérables. La désignation d'un tiers extérieur ne pouvant se faire qu'en cas de vacance de la tutelle ou de la curatelle (c'est-à-dire, si nul dans la famille n'est en mesure de l'exercer). Cependant, des considérations médicales ou psychologiques ont fait apparaître la nécessité pour certains majeurs de ne pas être placés sous l'emprise familiale. La jurisprudence de la Cour de cassation a ainsi admis depuis plusieurs années que la tutelle ou la curatelle familiale pouvait être écartée par le juge si elle n'était pas conforme à l'intérêt du majeur.

La loi du 5 mars 2007 relative à la réforme de la protection des majeurs a maintenu la priorité familiale « sauf si l'intérêt de la personne protégée commande d'écarter [cette personne]. »

Les deux arrêts du 8 avril 2009 exposent des situations qui peuvent conduire à privilégier un tuteur ou un curateur extérieur.

Dans le premier cas, le frère de la majeure protégée a été écarté parce que « la situation patrimoniale de la majeure, sans aller jusqu'à l'opposition d'intérêts, revêtait une complexité nécessitant un suivi impartial. »

Le second cas est sans doute plus discutable : le juge a écarté la mère (qui avait elle-même fait la démarche pour l'ouverture d'une mesure de protection) en se fondant sur ses difficultés avec la langue française qui rendraient plus complexes ses démarches administratives... Notons que la loi de 2007 a introduit la possibilité d'avoir des cotuteurs ou des cocuteurs : cela devrait permettre de passer outre les réticences d'un juge à l'égard d'un parent ayant des difficultés linguistiques...

➤ **Pas d'extension aux majeurs protégés des ordonnances de placement provisoires (réponse ministérielle n°36601 du 16 juin 2009)**

Une question parlementaire avait été adressée au ministère de la Justice sur la possibilité d'étendre aux majeurs protégés les ordonnances provisoires prises par le Procureur de la République pour les mineurs en danger.

Le Garde des Sceaux a répondu par la négative : en application du principe d'autonomie de la volonté, le majeur protégé prend seul les décisions relatives à sa personne, dans la mesure où son état le permet, y compris le choix de sa résidence.

→ Un majeur sous protection juridique, souffrant de handicap, ne peut se voir contraint par une décision du Procureur de la République à résider dans un établissement d'hébergement.