



La représentation « *ad hoc* » du mineur

**Rapport
mars 2009**

Les auteurs de ce rapport sont deux juristes

✚ Geneviève FAVRE-LANFRAY
Docteur en droit, spécialité Droits de l'Homme
Administrateur ad hoc
Présidente de la FE.N.A.A.H. et de CHRYSALLIS

✚ Isabelle AL-KADIRY
Master II Droits de l'Homme, spécialité droit des étrangers
Conseillère juridique auprès des enfants des rues, Honduras

**Fédération nationale des administrateurs ad hoc
FE.N.A.A.H.
1, avenue Bérégovoy
38210 Tullins
tél/fax : 04.76.07.86.28
fena.adhoc@wanadoo.fr**

AVANT PROPOS.....	6
INTRODUCTION GENERALE.....	7
L'ADMINISTRATION « AD HOC »	10
Titre I – Le champ d'intervention de l'administrateur ad hoc	12
A. L'administrateur ad hoc se substitue à l'administrateur légal.....	12
B. L'administrateur ad hoc intervient dès lors que le mineur ne peut exercer seul un droit dont il est titulaire	13
a. La procédure d'assistance éducative : intervention sous condition de l'administrateur ad hoc.	14
b. Les procédures où la représentation du mineur est obligatoire	15
1. Le droit de visite et d'hébergement des ascendants	15
2. Les droits procéduraux accordés par la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants	16
3. La filiation d'un enfant.....	17
C. Le cas particulier des mineurs étrangers isolés	18
Titre II – La désignation des administrateurs ad hoc.....	22
I. Le fondement juridique de la désignation	22
A. En matière civile.....	22
a. Une opposition d'intérêts.....	23
b. Acte civil et procédure	24
B. En matière pénale	27
a. Les conditions posées par l'article 706-50 du Code de procédure pénale.....	27
1. La qualification des « faits » donnant lieu à désignation d'administrateur ad hoc	28
2. Une infraction commise volontairement à l'encontre d'un mineur	29
3. La non protection complète des intérêts du mineur victime	31
b. Le recours à l'article 388-2 du Code civil.....	33
C. En matière administrative.....	33
a. La reconnaissance de la qualité de mineur étranger isolé	34
1. La détermination de la minorité du jeune étranger.....	34
2. L'absence de représentants légaux	36
b. Les deux situations donnant lieu à désignation d'un administrateur ad hoc	36
1. Lors de l'entrée du mineur en zone d'attente, en l'absence d'un représentant légal	36

2. Lorsque le mineur étranger formule une demande d’asile en l’absence d’un représentant légal sur le territoire	39
II. Les personnes habilitées à procéder à la désignation de l’administrateur ad hoc.....	41
A. Selon le Code civil.....	42
a. Le juge des tutelles	42
1. La désignation sur requête.....	42
2. La désignation d’office.....	44
b. Le juge saisi de l’instance	44
B. Selon le Code de procédure pénale	46
a. Le procureur de la République	46
b. Le juge d’instruction	47
c. La juridiction de jugement.....	47
C. Selon le Code de l’entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d’asile	48
D. L’indépendance des magistrats à désigner l’administrateur ad hoc	49
III. Les personnes pouvant être désignées administrateur ad hoc	52
A. Le profil des administrateurs ad hoc	52
a. L’administrateur ad hoc selon les textes.....	53
b. Les administrateurs ad hoc agréés.....	54
1. Les conditions exigées pour être administrateur ad hoc.....	54
2. L’établissement des listes.....	55
B. Analyse de la pratique	55
Titre III - Le contenu du mandat confié aux administrateurs ad hoc	60
A. Le cadre légal	60
a. La représentation juridique du mineur.....	60
b. L’action civile au nom du mineur victime	62
c. L’accompagnement du mineur victime	65
d. L’assistance du mineur étranger.....	67
B. Le cadre jurisprudentiel.....	70

a. L'administrateur ad hoc est-il juridiquement dans la même situation que l'administrateur légal ?	70
1. Les actes que l'administrateur ad hoc peut faire	71
2. Les limites du pouvoir de l'administrateur ad hoc	72
b. Les règles relatives à la tutelle sont-elles applicables à l'administration « <i>ad hoc</i> » ?	74
1. Un débat ancien : l'extension des règles de la tutelle à l'administration légale.....	75
2. Le débat actuel : l'extension de certaines règles de la tutelle à l'administration « <i>ad hoc</i> »	76
TITRE IV – L'indemnisation des administrateurs ad hoc.....	80
A. Les frais de justice.....	81
a. L'indemnité au titre de l'article R.92-21° du Code de procédure pénale.....	81
b. L'indemnité au titre de l'article R.93-21° et 22° du Code de procédure pénale	83
B. Les frais de déplacement	84
C. Les frais irrépétibles	84
TITRE V – Discussion et préconisations.....	88
A. La désignation de l'administrateur ad hoc	88
a. Manque de clarté du cadre juridique	88
1. La disposition pénale.....	89
2. Les dispositions du CESEDA	89
3. Deux dispositions civiles de portée générale	91
b. Un texte légal unique.....	92
B. Institutionnaliser la représentation « ad hoc » du mineur non émancipé	97
a. Des règles statutaires	97
1. Des incompatibilités à prévoir.....	98
2. Une place à lui reconnaître.....	100
b. Des règles déontologiques.....	102
1. L'obligation de compétence	103
2. Le devoir d'information	104
3. Le droit à l'expression pour le mineur	104
Conclusions.....	106
ANNEXES	108

AVANT PROPOS

Des associations, des collectivités territoriales et des personnes physiques ont créé le 2 décembre 2005 : la **Fédération Nationale des Administrateurs Ad Hoc (FE.N.A.A.H.)**.

La **FE.N.A.A.H.** s'est donnée pour objet :

- ♦ de réunir les administrateurs ad hoc, qu'ils soient personnes physiques, personnes morales de droit privé ou personnes morales de droit public ;
- ♦ de promouvoir la fonction d'administrateur ad hoc dans l'exercice de ses mandats judiciaires : pénal - civil - administratif ;
- ♦ d'élaborer un guide déontologique qui stipulerait les règles relatives à l'exercice des mandats ;
- ♦ de favoriser la réflexion et l'échange pour une harmonisation des pratiques.

Plus largement, la FE.N.A.A.H. œuvre pour la reconnaissance officielle d'un statut de l'administrateur ad hoc :

- ♦ en générant des actions de sensibilisation, d'information et de formation ;
- ♦ en assurant la représentation de ses adhérents et en entretenant des relations auprès des pouvoirs publics, notamment les autorités judiciaires ;
- ♦ en participant à la recherche, publiant tous ouvrages, mutualisant ses ressources et sa documentation.

Les membres fondateurs ont voulu une fédération :

- ♦ représentative des administrateurs ad hoc qui réunit :
 - ✓ tous les profils : personnes physiques, personnes morales de droit privé et personnes morales de droit public ;
 - ✓ et tous les domaines d'intervention : pénal, civil et administratif
- ♦ qui ne cautionne pas les pratiques non conformes à la législation en vigueur et à l'intérêt de l'enfant d'où l'importance de se doter de règles déontologiques relatives à l'exercice des mandats judiciaires.

L'ampleur de la tâche de la Fédération est immense depuis que le législateur, en 1989, a fait sortir l'administrateur ad hoc de l'ombre. En effet, le constat est le suivant :

- ♦ application inégale de la législation en vigueur ;
- ♦ aucune hétérogénéité dans l'exercice des mandats judiciaires ;
- ♦ inégalité de moyens pour exercer les mandats judiciaires.

Outre son action spécifique pour tendre à la reconnaissance d'un statut juridique de l'administrateur ad hoc et faire valoir la plus-value de l'accompagnement des enfants par un administrateur ad hoc, la FE.N.A.A.H. a rejoint la Coordination Nationale des Associations de Protection de l'Enfance (CNAPE) et a participé à d'autres groupes de travail, notamment pour accompagner la réforme de la protection de l'enfance (Ministère de la Famille – groupe APPUI UNASEA¹).

¹ Groupe d'appui pour accompagner la réforme de la protection de l'enfance.

INTRODUCTION GENERALE

Outreau

Un administrateur ad hoc a été désigné pour représenter des enfants victimes : le conseil général du Pas de Calais.

Ce représentant judiciaire a exercé son mandat a minima : mandater uniquement un avocat.

Ayant été inexistant durant la procédure pénale, il l'a été également dans le rapport de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement¹.

Angers

Un administrateur ad hoc a été désigné pour représenter des enfants victimes : le conseil général du Maine et Loire.

Ce représentant judiciaire a exercé son mandat conformément aux règles légales : mission juridique et d'accompagnement.

Malgré ce travail de qualité, ce représentant judiciaire est passé inaperçu. Lors d'une enquête télévisée, il a été précisé que lors du procès, les enfants victimes étaient représentés par leur avocat.

Ces deux pratiques sont mises en exergue dans le rapport Viout² : « *L'administrateur ad hoc demeure encore un personnage méconnu qui recouvre des réalités variables. Il se cantonne tantôt à un rôle de désignation d'un avocat³ ou exerce au contraire une véritable mission de représentation juridique et de soutien moral tout au long de la procédure pénale* ».

Bien que ce personnage soit sorti de l'ombre par la loi du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements et à la protection de l'enfance⁴, il n'a toujours pas à ce jour, fait l'objet d'une fiche d'information par le Ministère de la Justice. Tout au plus, une définition de l'administrateur ad hoc est donnée dans la fiche explicative se trouvant dans le dossier d'aide juridictionnelle et qui s'avère en fait, assez confuse.

Le premier document relativement complet émanant du Ministère de la Justice sur l'administrateur ad hoc est un **guide méthodologique** intitulé : « *Représentation judiciaire et accompagnement des enfants victimes d'infractions sexuelles* »⁵.

Suite au procès d'Outreau, un premier groupe de travail a été constitué afin de tirer les enseignements du traitement judiciaire de cette affaire. **Une des préconisations du rapport était d'« intensifier le recours à l'administrateur ad hoc »** et d'apporter des

¹ Commission présidée par André VALLINI, Député et Président du Conseil général de l'Isère. Rapport n° 3125 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006.

² Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau », Ministère de la justice, février 2005.

³ C'est le fait, soit de l'administrateur ad hoc lui-même, soit du juge mandant qui ne le désigne que pour permettre à l'enfant d'être assisté d'un avocat. Cette conception très restrictive de la fonction, non seulement elle n'est pas conforme aux textes mais elle est dangereuse pour l'administrateur ad hoc, sa responsabilité pouvant être engagée.

⁴ Loi n° 89-487 (JO du 14).

⁵ Direction des Affaires criminelles et des Grâces, février 2003.

« améliorations sans délai pour lui donner véritablement la place que lui confère la loi du 17 juin 1998 »¹.

Le 5 octobre 2006, le secrétaire général du ministère de la Justice, à la demande du cabinet du Garde des Sceaux, a mis en place un groupe de travail relatif à l'administration « *ad hoc* », tous mandats confondus. Il était composé de représentants des directions concernées de la chancellerie (DACS, DACG, DPJJ, DSJ), de l'ONED, du Défenseur des enfants, de l'INAVEM, de la Croix Rouge, de France Terre d'Asile, de CHRYSALLIS, de la FE.N.A.A.H., de JCLT Oise et d'administrateurs *ad hoc* exerçant en tant que personnes physiques.

Le groupe de travail, qui s'est réuni à sept reprises, a organisé son approche à partir des cinq thèmes suivants afin de répondre à l'ensemble des problématiques posées :

- ◆ les textes relatifs à l'administration « *ad hoc* » ;
- ◆ le recrutement, la compétence et la désignation des administrateurs *ad hoc* ;
- ◆ les missions et la formation des administrateurs *ad hoc* ;
- ◆ le contrôle et le suivi des missions
- ◆ la rémunération des administrateurs *ad hoc* (nature et modalités de paiement).

Chaque thème d'analyse a fait l'objet d'une présentation générale, permettant d'engager une discussion et d'envisager des propositions :

- ◆ de modifications de textes (lois, décrets, circulaires) ;
- ◆ de préparation d'un guide méthodologique destiné à l'ensemble des administrateurs *ad hoc* sur le modèle de celui de la DACG pour les mineurs victimes ;
- ◆ de mise en place d'actions de formation ;
- ◆ d'amélioration du contrôle des missions ;
- ◆ de revalorisation de la rémunération des administrateurs *ad hoc*.

Un projet de rapport, élaboré le 4 mai 2007 n'a jamais vu officiellement le jour. Il n'est resté de ces travaux que la revalorisation des mandats judiciaires. Après des négociations plus longues que prévues, celle-ci est acquise depuis le 11 septembre 2008, date de la publication de l'arrêté du 2 septembre 2008 au Journal Officiel.

C'est donc un pas mais un tout petit pas qui a été fait vers la reconnaissance d'un statut car l'aspect financier ne doit pas occulter les autres aspects laissés en plan. Et pourtant, ils sont essentiels :

- ◆ pour assurer une uniformisation des pratiques judiciaires ;
- ◆ pour éviter les dérives et les dysfonctionnements.

A travers sa représentation judiciaire, c'est l'intérêt de l'enfant qui est en jeu.

Les nouvelles orientations politiques adoptées en matière d'immigration ont fait ressurgir en France comme en Europe la question de la représentation des mineurs étrangers isolés. Les enfants migrants et les demandeurs d'asile sont de plus en plus nombreux à arriver sur le territoire et les acteurs sociaux se mobilisent afin de répondre à leur besoin de prise en charge. Un colloque leur a été spécialement consacré en juin 2008, à l'initiative de Dominique Versini, Défenseure des enfants, réunissant pour l'occasion différents acteurs associatifs et institutionnels intervenant

¹ Groupe de travail présidé par Jean-Olivier VIOU, Procureur Général près la cour d'appel de Lyon.

auprès de ces jeunes. Ce colloque a ainsi abouti à l'adoption de 25 recommandations, dont 3 visent spécifiquement à faciliter les conditions d'exercice de la mission confiée aux administrateurs ad hoc¹.

Un mois plus tard, alors que la France accédait à la présidence tournante de l'Union Européenne et faisait adopter la célèbre directive « retour »², un grand nombre d'associations dont CHRYSALLIS et la FE.N.A.A.H., se sont jointes à l'appel lancé par l'UNICEF à l'intention des autorités françaises et visant l'instauration d'un véritable statut juridique des mineurs étrangers isolés. Encore en suspens aujourd'hui, les questions de fond soulevées par la nécessaire conciliation entre le droit à la protection au titre de la minorité et les politiques publiques en matière de droit des étrangers et des demandeurs d'asile, ne cessent de faire débat, rendant la représentation du jeune encore peu convaincante au regard de la difficulté et de l'ampleur de la tâche.

Ce rapport fait un état des lieux de l'administration « ad hoc ». Il s'inscrit dans une démarche **tendant à ce que les politiques tirent les conséquences de cette réalité, afin de mettre un terme aux controverses et à une pratique judiciaire disparate en la matière³ ; en d'autres termes à la reconnaissance d'un statut pour ce représentant judiciaire.**

¹ La Défenseure des enfants, *25 recommandations : pour contribuer à l'élaboration d'une stratégie nationale de prise en charge des mineurs étrangers isolés*, juin 2008

² Il s'agit de la directive adoptée par le Parlement européen le 18 juin 2008 et qui prévoit les normes et procédures communes applicables aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Cette directive très critiquée contient plusieurs dispositions relatives aux mineurs étrangers isolés et prévoit notamment la possibilité d'éloigner ces jeunes, sans garanties de prise en charge dans leur pays de retour, et sans rendre obligatoire l'intervention d'un juge. Cette mesure représente un véritable recul en matière de droits de l'homme en ce sens que les Etats de l'Union qui possèdent un système de protection plus favorable pourront désormais disposer d'une grande liberté d'action concernant l'éloignement de ces jeunes. Lire à ce sujet le communiqué de presse de France Terre d'Asile en date du 11 juin 2008 http://www.france-terre-asile.org/index.php?option=com_content&task=view&id=591&Itemid=9

³ Cf débat sur l'administration légale, titre III.

L'ADMINISTRATION « AD HOC »

*« Tout individu en droit est une personne, sujet de droit et donc titulaire de toutes les prérogatives de caractère privé, qui résultent de la personnalité juridique. Ce sont les droits fondamentaux de la personne humaine, reconnus par la Constitution française et par un certain nombre de conventions auxquelles la France a adhéré. Ainsi, toute personne peut saisir la justice pour revendiquer un droit ou pour demander réparation du préjudice subi. Mais pour l'enfant, considéré en certaines circonstances comme juridiquement incapable, un régime particulier de protection lui est imposé en raison de son âge ou de son manque de discernement »*¹. Il s'ensuit que jusqu'à sa majorité s'il n'est pas émancipé, ses représentants légaux (administrateur légal, tuteur) doivent le remplacer pour accomplir certains actes en son nom.

*« Il incombe à l'Etat que l'enfant puisse de manière générale exercer effectivement ses droits, et en particulier dans les procédures familiales qui l'intéressent, soit en ayant directement accès à la justice, soit en instituant un mécanisme de substitution »*², la représentation ad hoc, qui consiste en une substitution de représentant. En d'autres termes, un magistrat prend la décision de désigner un tiers en qualité d'administrateur ad hoc, en remplacement des parents. L'administrateur ad hoc est donc un « *représentant judiciaire* », c'est-à-dire mandaté par un magistrat alors que les parents qui exercent l'autorité parentale sont les « *représentants légaux* » de leur enfant mineur car ils détiennent ce pouvoir de par la loi, plus précisément de l'article 389-3 du Code civil.

Le recours à un administrateur ad hoc répond donc à une nécessité juridique mais ce n'est pas sans heurter un concept, l'autorité des parents. D'où la recherche constante, tant du législateur que des magistrats, de concilier deux droits naturels, dignes d'intérêt : pour l'enfant, celui de lui permettre d'exercer ses droits ; pour les parents, celui de ne pas attenter de manière abusive à leurs prérogatives.

Le terme « *ad hoc* » est une locution latine signifiant « *pour cela* », « *en remplacement de* ». Cette expression s'applique « *à toute personne ou à tout organe à qui est assigné une mission précise et momentanée et qui reçoit des pouvoirs limités à cette fin* ».

Une personne « *ad hoc* » est une personne compétente, parfaitement qualifiée pour la tâche qu'on lui confie.

A ce titre et en l'absence de définition légale, on peut dire que **l'administrateur ad hoc est une personne – physique ou morale -, désignée par un magistrat, qui se substitue aux administrateurs légaux, c'est-à-dire les parents, pour représenter leur enfant mineur dans une procédure en cours ou à l'occasion d'un acte.** Il a donc qualité pour exercer au nom du mineur qu'il représente, ses droits, dans la limite de la mission qui lui est confiée.

Ce mécanisme de représentation de substitution présente le double caractère, d'être :

¹ G. Favre-Lanfray : *Les effets iatrogènes susceptibles d'être générés par la représentation « ad hoc » de l'enfant*. In Les cahiers de l'Actif, n° 248/249, pp. 69 et s. Repris dans *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse pour le doctorat en droit, Université Pierre Mendès-France, Grenoble 2, Faculté de droit, 1999, Presses Universitaires du Septentrion, n° 386.

² G. Favre-Lanfray, idem précité.

- ◆ d'une part **ponctuel**¹, c'est-à-dire limité dans le temps et dans sa portée ;
- ◆ d'autre part **subsidaire**, en ce sens qu'il a vocation à s'appliquer uniquement lorsque les représentants naturels, à savoir les parents, ne sont pas en mesure d'assurer pleinement cette fonction.

L'administration « *ad hoc* » se distingue de la tutelle qui consiste à représenter une personne d'une manière continue dans les actes de la vie civile.

Le législateur a prévu le recours à un administrateur ad hoc :

- ◆ lorsque les intérêts de l'enfant mineur apparaissent ou sont en opposition avec ceux de son ou ses représentants légaux²;
- ◆ lorsque « *la protection des intérêts de l'enfant victime n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux* »³;
- ◆ en cas d'absence de représentant légal accompagnant un mineur étranger lors de son entrée en zone d'attente⁴;
- ◆ lorsqu'une demande d'asile est formée par un mineur sans représentant légal sur le territoire français⁵.

En raison de son incapacité d'exercice, le but recherché en recourant à l'administration « *ad hoc* » est de permettre au mineur d'accéder à la justice et de préserver ses intérêts. Nous aborderons les trois types d'intervention confiées à l'administrateur ad hoc - civile, pénale et administrative -, sous l'angle de :

- ◆ son champ d'intervention
- ◆ sa désignation
- ◆ le contenu de son mandat
- ◆ son indemnisation.

Pour chacun de ces points, nous en étudierons le cadre légal et l'application qui en est faite de ce dispositif législatif. Nous concluons par une prospective de cette institution.

¹ A. Gouttenoire : *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse pour le doctorat en droit, Université Jean Moulin, Lyon III, Faculté de droit, 1994, n° 608.

² Art. 388-2 et 389-3 C. civ.

³ Art. 706-50 C.P.P.

⁴ Art. L. 221-5 CESEDA.

⁵ Art. L. 751-1 CESEDA.

Titre I – Le champ d'intervention de l'administrateur ad hoc

Depuis plusieurs années, on assiste à une généralisation dans le sens où il y a extension manifeste et du champ d'intervention de l'administrateur ad hoc et des possibilités de recourir au mécanisme de représentation « *ad hoc* ». En effet, institué dans le Code civil par la loi du 6 avril 1910¹, la raison d'être de l'administrateur ad hoc était de tempérer la toute puissance qu'avait le père en tant qu'administrateur légal des biens de son enfant. Sa fonction était donc limitée au patrimoine de l'enfant.

Désormais, le cadre juridique d'intervention de l'administrateur ad hoc est celui de la **protection des intérêts** du mineur non émancipé, qu'ils soient **patrimoniaux ou extrapatrimoniaux**, dans toutes les procédures contentieuses ou à l'occasion d'un acte extrajudiciaire.

Depuis la loi du 8 janvier 1993, un même signifiant « *administrateur ad hoc* » a été retenu pour toutes ces missions.

Et pourtant, encore aujourd'hui, des décisions utilisent des termes inappropriés pour qualifier ce représentant judiciaire : tuteur ad hoc - tuteur administratif ad hoc - mandataire ad hoc - administrateur spécial.

Cela dit, l'administrateur ad hoc a vocation à intervenir exclusivement :

- ◆ d'une part, lorsque le mineur est sous le régime de l'autorité parentale, non s'il est sous tutelle ;
- ◆ d'autre part, lorsque le mineur n'est pas autorisé à exercer personnellement un droit dont il est titulaire ;
- ◆ enfin, dans la situation très particulière où le mineur est un étranger et n'est pas accompagné d'un représentant légal lors de son arrivée sur le territoire ou à l'occasion d'une demande d'asile présentée en préfecture.

A. L'administrateur ad hoc se substitue à l'administrateur légal

Si l'on se réfère aux articles 389-3 et 408 du Code civil, les représentants légaux du mineur sont respectivement l'administrateur légal ou le tuteur. Nous ne sommes pas pour autant en présence de deux régimes de représentation.

Le droit français a prévu deux mesures de protection pour le mineur non émancipé : **l'autorité parentale et la tutelle**. Leur raison d'être repose sur la présence ou non de parents, aptes à exercer l'autorité parentale. Ainsi, il y a autorité parentale lorsque le mineur a ses père et mère ou l'un d'eux en état de l'exercer. Par contre, une tutelle sera ouverte lorsque, de manière générale, il « *ne reste plus ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale* »².

¹ Art. 389 C. civ.

² Art. 373-5 C. civ.

Cependant et de manière exceptionnelle, une tutelle peut être ouverte même s'il y a encore un parent qui exerce l'autorité parentale¹. En ce cas, celle-ci coexiste avec la tutelle mais cette dernière ne sera pas complète, ne s'exerçant que sur les biens de l'enfant. L'autorité parentale sur la personne de l'enfant est maintenue².

Le régime de protection de l'enfant détermine la qualité du représentant légal. En effet, l'article 389-3 du Code civil précise que lorsque les intérêts de l'administrateur légal sont en opposition avec ceux du mineur, un administrateur ad hoc doit lui être désigné à ce dernier par le juge des tutelles. Quant à l'article 410 du Code civil, il prévoit qu'il appartient au subrogé tuteur de représenter le mineur lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux de son tuteur. Il s'ensuit :

- ◆ d'une part, que l'administrateur ad hoc n'a vocation à se substituer qu'à l'administrateur légal, c'est-à-dire au parent qui exerce l'autorité parentale, voire les deux parents s'ils l'exercent conjointement ;
- ◆ d'autre part, dès lors qu'une tutelle est ouverte, il n'y a pas lieu de désigner un administrateur ad hoc au mineur. Le subrogé tuteur est en quelque sorte l'homologue de l'administrateur ad hoc à cette différence près, qu'étant organe permanent de la tutelle, il n'a pas à solliciter un mandat du juge des tutelles pour représenter le mineur.

En pratique, les choses ne sont pas aussi clairement définies. Depuis longtemps règne un certain flou en ce domaine : l'administration légale est présentée parfois comme la gestion des biens du mineur et parfois comme sa représentation, notamment en justice. Donc, quand un tuteur aux biens est nommé en remplacement d'un administrateur légal, on ne sait pas très bien quelle est sa fonction : gère-t-il seulement les biens de l'enfant ou le représente-t-il également ? Si l'on se réfère à l'article 389-3 du Code civil, c'est celui qui administre le patrimoine du mineur qui a vocation à le représenter. Ce serait donc au tuteur aux biens de représenter le mineur, non au parent exerçant l'autorité parentale sur la personne de son enfant.

B. L'administrateur ad hoc intervient dès lors que le mineur ne peut exercer seul un droit dont il est titulaire

Article 389-3 du Code civil

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

Le **domaine de la représentation est résiduel** en ce sens qu'elle se déduit des situations où le mineur peut agir seul. Il n'est ni exclusif, ni systématique puisqu'il laisse place à l'exercice direct des droits par le mineur. Le champ d'intervention du recours au mécanisme de représentation « *ad hoc* » se détermine donc à partir des situations où la représentation est exclue.

Il y a lieu de distinguer la situation où l'intervention de l'administrateur ad hoc est sous condition comme la procédure d'assistance éducative des situations où elle est

¹ Art. 391 C. civ.

² La Cour de cassation a jugé que « l'ouverture d'une tutelle en application de l'article 391 du Code civil a pour seul objet de pallier la carence d'un administrateur légal dans la gestion des biens du mineur et ne peut porter atteinte à l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère, seuls en droit d'assumer la garde de l'enfant ». Cass. civ. 26 juin 1985.

obligatoire. En d'autres termes, c'est la capacité ou non du mineur à agir personnellement qui détermine le champ d'intervention de l'administrateur ad hoc.

a. La procédure d'assistance éducative : intervention sous condition de l'administrateur ad hoc

Lorsque la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, il peut lui-même saisir le juge des enfants pour lui demander d'ordonner une mesure de protection¹. De même, il peut faire appel des décisions prises par ce magistrat². Des textes accordent donc à tout mineur en danger quel que soit son âge, une capacité procédurale propre qui le dispense de la représentation.

Par ailleurs, seul le mineur capable de discernement peut :

- ◆ faire choix d'un conseil ou demander au juge que le bâtonnier lui en désigne un d'office³.
- ◆ consulter le dossier. Cette consultation ne peut se faire qu'en présence de son père, de sa mère⁴ ou de son avocat.

La Cour de cassation a subordonné l'exercice de ces droits à la condition que le mineur ait un discernement suffisant⁵. A contrario, l'enfant privé de discernement ne peut agir personnellement. Le seul remède à son incapacité est le recours à la représentation. Celle-ci ne peut être assurée par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, dans la mesure où c'est leur capacité à protéger leur enfant qui est mise en cause. De plus, ils sont partie à la procédure au même titre que leur enfant. En ce cas, seul un administrateur ad hoc peut représenter l'enfant⁶. C'est seulement une possibilité pour le juge des enfants de pourvoir à sa représentation.

Il incombe donc au juge du fond de vérifier que le mineur possède un discernement suffisant pour exercer ses prérogatives. Si ce n'est pas le cas, il devra motiver en ce sens sa décision désignant l'administrateur ad hoc.

En conclusion, la représentation « *ad hoc* » de l'enfant dans une procédure d'assistance éducative ne se justifie que si l'enfant est privé de discernement. Le juge des enfants comme la chambre des mineurs peut le désigner sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil en tant que juge saisi de l'instance.

Cependant, on constate nombre de désignations d'administrateur ad hoc pour des adolescents ou des mineurs proches de la majorité ce qui est une atteinte au droit d'agir qui leur est reconnu.

¹ Art. 375 C. civ.

² Art. 1191 C.P.C.

³ Art. 1186 C.P.C.

⁴ Art. 1187 C.P.C. Etait-il judicieux que la consultation du dossier se fasse en présence des parents en raison de la nature de la procédure et de leurs qualités respectives dans ladite procédure ?

⁵ Cass. 1^{ère} civ. 21 novembre 1995.

⁶ Dans un arrêt en date du 25 mai 1993, la cour d'appel de Rouen a estimé que le juge, conformément à l'art. 388-2 C. civ., ne pouvait que désigner un administrateur ad hoc à un mineur âgé de 2 ans, concerné par une procédure d'assistance éducative mais privé de discernement, seul habilité pour choisir ou solliciter le choix d'un conseil. Par suite, en l'absence de désignation d'un administrateur ad hoc, un conseil désigné d'office n'a pas le mandat requis pour former directement un recours au nom du mineur.

Par ailleurs, ces désignations sont faites sur le fondement des articles 375 et suivants du Code civil. Or, cette disposition ne peut en aucun cas servir de fondement à une désignation d'administrateur ad hoc en matière d'assistance éducative.

La position de l'avocat sera différente selon que le mineur agit seul ou est représenté. Dans la première situation, le mandant de l'avocat est le mineur alors que dans la seconde, c'est l'administrateur ad hoc, ce qui n'est pas sans poser quelques difficultés.

b. Les procédures où la représentation du mineur est obligatoire

Dans les litiges relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, l'analyse de la jurisprudence montre que l'intervention du mineur était déclarée irrecevable, même lorsqu'il était dûment représenté par un administrateur ad hoc, mandaté par un magistrat :

- ◆ au nom du défaut d'intérêt¹ et qualité à agir² ;
- ◆ ou parce qu'on lui refusait la qualité de partie à la procédure³.

En effet, l'administrateur ad hoc désigné en application des articles 388-2 et 389-3 alinéa 2 du Code civil, ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente. N'ayant pas qualité pour intervenir à l'instance, le mineur n'a pas à être représenté par un administrateur ad hoc⁴.

Le législateur a cependant réservé un sort particulier à la procédure relative au droit de visite des grands-parents et la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants accorde désormais des droits procéduraux aux mineurs dans des litiges familiaux relatifs à l'exercice de l'autorité parentale.

1. Le droit de visite et d'hébergement des ascendants

Article 371-4, alinéa 1er du Code civil

« L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit ».

Selon cette disposition, les relations entre les ascendants et les petits-enfants sont présentées comme un droit consenti à l'enfant. Mais on peut s'interroger sur l'exercice de ce droit qui nécessite la représentation de l'enfant. Il est difficilement concevable que ses parents le représentent en raison du conflit qui les oppose aux ascendants. Certes, l'enfant peut solliciter la désignation d'un administrateur ad hoc auprès du juge des tutelles⁵, afin d'initier la procédure mais cela nécessite qu'il soit au fait de cette prérogative. De plus, les enfants sont pris dans un conflit de loyauté ce qui ne leur permet pas d'avoir une parole libre, encore moins d'émettre une quelconque revendication. Il est donc difficilement pensable que l'initiative de la procédure provienne de l'enfant lui-même. Par contre, les ascendants peuvent engager la procédure et c'est ce qui se passe en pratique.

¹ C'est le fait de voir sa situation juridique modifiée par le résultat du procès.

² C'est le fait d'être destinataire de la règle invoquée devant le juge.

³ Cass. crim. 28 février 1996.

⁴ Cass. ch. mixte, 9 février 2001.

⁵ Art. 389-3 C. civ.

La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance a modifié cet article 371-4 du Code civil. Auparavant, seuls des motifs graves pouvaient faire obstacle à l'exercice de ce droit. Dorénavant, le **seul critère décisionnel exigé est l'intérêt de l'enfant**. La modification de ce texte a pour objectif « *d'éviter d'envenimer le conflit* » par la démonstration de motifs graves¹. La Cour de cassation a jugé que la nouvelle rédaction de cet article invite les juges du fond à porter leur appréciation sur l'opportunité pour l'enfant d'une relation avec ses ascendants et non sur le conflit qui oppose ceux-ci à ses parents². Quant à déterminer l'intérêt de l'enfant, une enquête sociale est souvent ordonnée afin de décrire l'histoire de la famille, son fonctionnement. Les griefs sont tellement exacerbés que toute proposition de médiation est rejetée ou vouée à l'échec.

2. Les droits procéduraux accordés par la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants

La **Convention internationale relative aux droits de l'enfant**³ a posé le principe selon lequel l'enfant est une personne et à ce titre, lui reconnaît des droits civils, sociaux et culturels, mais aussi des libertés publiques directement inspirées des droits de l'homme.

Dès son entrée en vigueur en France, cette Convention a rencontré des difficultés pour son application. La Cour de cassation a mis un terme à la pratique des juridictions du fond qui en de nombreuses affaires, considéraient plusieurs de ses articles comme d'applicabilité directe. Elle déduisait de l'article 4 qui prévoit que « *Les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures (...) nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus par la présente convention, que les dispositions ne créent d'obligation qu'à la charge des Etats parties et ne peuvent donc être invoquées devant les juridictions nationales* ».

Sa jurisprudence a évolué. Actuellement, il semble qu'elle s'engage sur la voie d'une application directe « *sélective* » de la Convention de New York (primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant - droit d'être entendu dans toute affaire le concernant) et rejoint par la même, la pratique suivie par le Conseil d'Etat⁴. Pour autant, cela ne signifie nullement que l'ensemble des dispositions de la Convention de New York sera considéré comme d'application directe.

La question de l'opposabilité de cette convention internationale devant les juridictions nationales faisant encore débat, c'est donc au niveau européen qu'une avancée a eu lieu. Ainsi, la **Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants**, élaborée par le Conseil de l'Europe en complément de la Convention de New York, signée par la France le 4 juin 1996, devait être ratifiée pour être applicable en droit interne. La loi du 1er août 2007 en a enfin autorisé son approbation.

¹ Débats à l'assemblée nationale, 3^{ème} séance du 9 janvier 2007.

² Cass. 1^{ère} civ. 18 janvier 2007.

³ Adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, elle est entrée en vigueur dans le monde le 2 septembre 1990 après avoir été ratifiée par 20 Etats. En ce qui concerne la France, elle signa cette Convention le 26 janvier 1990 et, par une loi du 2 juillet 1990, en a autorisé la ratification qui eût lieu le 7 août 1990. Elle est entrée en vigueur en France, le 6 septembre 1990 et fût publiée au Journal officiel de la République française le 12 octobre 1990.

⁴ Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005 – Cass. 1^{ère} civ. 14 juin 2005.

⁵ Adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 septembre 1995, elle est ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe et ceux non-membres qui ont participé à son élaboration, depuis janvier 1996.

⁶ Publiée au JO le 2 août 2007.

Le but de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants est de permettre l'exercice effectif des droits des mineurs dans le cadre des procédures judiciaires les concernant. Son objet vise donc à promouvoir les droits des enfants mineurs, notamment en leur accordant des droits procéduraux, qui peuvent être mis en œuvre par les enfants eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes.

Les procédures judiciaires visées sont essentiellement celles relatives à l'exercice des responsabilités parentales. Les **cinq catégories de litiges familiaux retenus par le Gouvernement français** sont des procédures relatives :

- ◆ aux modalités d'exercice de l'autorité parentale ;
- ◆ à la détermination de la résidence de l'enfant ;
- ◆ à l'organisation des modalités des rencontres des titulaires de l'autorité parentale de l'enfant ;
- ◆ à la fixation des modalités du lien de l'enfant avec des tiers ;
- ◆ à l'assistance éducative pour les enfants en danger.

Outre la procédure d'assistance éducative où le mineur a la capacité d'agir seul à condition qu'il ait un discernement suffisant, le mineur non émancipé ne peut intervenir personnellement et directement dans les autres procédures visées, à quelque titre que ce soit, comme demandeur ou défendeur. Il devra obligatoirement être représenté. Accorder aux mineurs des droits procéduraux dans des litiges familiaux relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, c'est du même coup, étendre le champ d'intervention de l'administrateur ad hoc à des domaines qui lui étaient jusque-là fermés.

3. La filiation d'un enfant

Diverses dispositions du Code civil reconnaissent à l'enfant le droit d'exercer une action en justice, que ce soit pour établir sa filiation¹ ou pour la contester². Mais ce sont des procédures civiles qui nécessitent sa représentation.

Toutefois, l'**action en recherche de maternité ou de paternité** répond à des règles particulières. En effet, alors que les actions en contestation de la filiation peuvent être engagées par des personnes autres que l'enfant, ce dernier a l'exclusivité des actions aux fins d'établissement de sa filiation.

Article 325 alinéa 2 du Code civil³

« L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché⁴ »

Article 327 alinéa 2 du Code civil

« L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant ».

¹ Art. 325 et 327 C. civ.

² Art. 333 et 334 C. civ.

³ Texte modifié par la Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

⁴ A moins qu'elle ait demandée le secret de son admission et de son identité lors de son accouchement. Art. 326 C. civ..

Durant la minorité de l'enfant, il appartient au parent duquel la filiation est établie, d'exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité au nom et pour le compte de son enfant.

Article 328 alinéa 1^{er} du Code civil

« Le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité. »

Cet article donne deux précisions :

- ◆ un **parent mineur a le pouvoir d'exercer cette action**. La Cour de cassation a reconnu à une mère mineure, le droit d'agir en sa seule qualité de mère, sans avoir à solliciter l'autorisation du juge des tutelles¹.
- ◆ **seul le parent peut agir** ce qui exclut toute possibilité de désigner un administrateur ad hoc à l'enfant en cas de non action du parent. Ainsi, l'enfant durant sa minorité est complètement dépendant du bon vouloir de son parent pour faire établir le lien de filiation avec le second parent. En cas de non action de son parent, il devra attendre sa majorité pour faire établir son autre filiation. En effet, le délai de prescription de dix ans est suspendu en faveur de l'enfant durant toute sa minorité. Il pourra ainsi exercer personnellement l'action pendant les dix ans qui suivent sa majorité, soit jusqu'à l'âge de vingt huit ans.

Dans un cas d'espèce, l'action engagée par un administrateur ad hoc a été déclarée irrecevable, le parent de l'enfant ayant un pouvoir exclusif en la matière. Juste application de la règle de droit et pourtant, il y a manifestement conflit d'intérêts entre l'enfant et son parent qui justifie la désignation d'un administrateur ad hoc pour agir au nom de l'enfant.

Dans d'autres situations, l'intervention de l'administrateur ad hoc a été déclarée recevable, malgré la législation en vigueur.

Il n'y a donc pas lieu à désigner un administrateur ad hoc à un mineur :

- ◆ lorsque l'usage lui permet d'agir seul : actes de la vie courante.
- ◆ lorsqu'une disposition légale lui confère expressément le pouvoir d'agir seul : Cour européenne des droits de l'homme - assistance éducative à condition que le mineur ait le discernement - délinquance juvénile - majorité.

Or, nombre de magistrats désignent malgré tout des administrateurs ad hoc à des mineurs auteurs d'une infraction pénale, à des mineurs en danger qui font manifestement preuve de discernement et à des victimes majeures, au motif que les faits ont eu lieu durant leur minorité².

C. Le cas particulier des mineurs étrangers isolés

La loi du 4 mars 2002 ainsi que le décret du 2 septembre 2003 ont opéré un grand changement en attribuant de nouvelles missions aux administrateurs ad hoc : l'assistance et la représentation des mineurs étrangers isolés.

¹ Cass. 1^{ère} civ. 12 octobre 1983.

² Art. 414 C. civ. modifié par Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, en vigueur au 1^{er} janvier 2009 : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance. »

En établir une définition claire est un exercice délicat et sujet à controverse. Anciennement dénommés mineurs étrangers « *non accompagnés* », cette appellation s'est avérée ne pas tenir compte de la réalité migratoire de ces jeunes et de leur situation d'arrivée. En effet, nombreux sont ceux qui arrivent effectivement accompagnés par des adultes. Cependant ces personnes ne sont pas nécessairement titulaires de l'autorité parentale, elles peuvent simplement avoir été contractées par les représentants légaux en vue d'accompagner leur enfant durant le trajet.

C'est la raison pour laquelle aujourd'hui, l'appellation, mineurs étrangers « *isolés* », semble s'être imposée auprès des milieux institutionnels et associatifs francophones. Le Haut Commissariat aux Réfugiés donne quant à lui sa préférence à la notion d'enfants « *séparés* » et les définit comme des « *enfants de moins de 18 ans qui se trouvent en dehors de leur pays d'origine et sont séparés de leurs deux parents ou de leur ancien tuteur légal ou coutumier* »¹.

En respect des engagements pris au titre des textes internationaux², l'Etat français considère ainsi que tout mineur étranger sans référent légal sur le territoire est non seulement incapable juridiquement, mais également potentiellement en danger³ et doit donc se voir désigner un administrateur ad hoc. Cependant, le champ d'intervention de ce dernier va se trouver limité par les exigences nationales en matière d'immigration, souvent incompatibles avec le réel besoin de prise en charge de ces mineurs.

En effet, au regard de la législation nationale, la définition légale du mineur étranger isolé repose sur deux statuts juridiques distincts :

- ♦ celui afférant à la reconnaissance de la qualité de mineur et donc bénéficiaire à ce titre de la protection de l'enfance,
- ♦ et celui applicable aux étrangers et aux demandeurs d'asile soumettant ainsi le jeune aux lois de l'immigration.

La législation en vigueur apporte toutefois une légère clarification en faisant entrer ces jeunes officiellement dans le champ de la protection de l'enfance. Ainsi, aux termes de la loi du 5 mars 2007, les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille sont considérés en état de danger et requièrent une prise en charge au titre de la protection de l'enfance⁴.

Cependant, cette loi ne prévoit rien de plus spécifique à l'égard des mineurs étrangers isolés et fait l'impasse sur les responsabilités de chacun quant à leur prise en charge. La Défenseure des enfants fait ainsi état de l'hétérogénéité des pratiques selon les différents départements, certains ayant créé des dispositifs locaux associant les acteurs concernés, comme le Nord Pas de Calais. En revanche, la question de la répartition du financement n'est pas résolue, puisque la prise en charge des dépenses relatives aux frais de visite médicale, à la restauration ou encore à l'hébergement, n'est pas envisagée de façon égale sur le territoire⁵.

¹ Déclaration de bonne conduite du Haut Commissariat aux Réfugiés, 2004.

² La France est ainsi notamment signataire de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur l'asile, de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de décembre 1948, de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales de 1950 ainsi que de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989.

³ Art. 375 et 375-5 C. civ.

⁴ Article 1 de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

⁵ Les dépenses relatives à la prise en charge des mineurs étrangers isolés arrivant à Paris seront assumées par l'Etat alors que celles des jeunes se trouvant dans les autres départements le seront par le Conseil Général.

De plus, l'appel lancé le 3 juillet 2008 par l'UNICEF et relayé par de nombreuses associations en faveur de la reconnaissance d'un véritable statut juridique de ces jeunes ne semble par avoir obtenu écho puisqu'à ce jour, aucune proposition législative ne semble être en préparation sur ce sujet. Comme le souligne Angelina Etiemble, « *la présence non identifiée sinon embarrassante de ces jeunes venus d'ailleurs est traitée par la marge et leur sort n'est jamais abordé de front mais au détour d'une loi* »¹.

Phénomène apparu dans les années 1990, leur nombre tendrait aujourd'hui à se stabiliser. Cependant les outils statistiques actuels ne permettent pas de recenser au niveau national les mineurs étrangers isolés s'étant présentés à la frontière, mais seulement les mineurs isolés ou non ayant fait l'objet d'une mesure non admission puisqu'ils sont comptabilisés depuis 2006. De nouvelles tendances sont ainsi apparues et l'OFPPA rapporte qu'en 2007 leurs principaux pays d'origine étaient la République Démocratique du Congo, l'Angola, le Sri Lanka, la Turquie et la Russie². Autant de provenances que de parcours différents.

Angelina Etiemble a dressé une typologie de ces jeunes en cinq catégories en fonction de leur histoire et des raisons les ayant poussés à quitter leur pays d'origine :

- ◆ **les exilés** : ils fuient une région en guerre, les persécutions, l'enrôlement forcé dans l'armée ou les troupes rebelles. Ayant tout perdu, ils ont souvent transité par des camps de réfugiés et/ou des communautés religieuses ou des organisations humanitaires avant d'avoir été envoyé en avion ou par bateau rejoindre l'Europe ;
- ◆ **les mandatés** : ils sont envoyés par leurs parents bien souvent dans le but d'échapper à la misère. En général, ils poursuivent leurs études ou travaillent, et envoient régulièrement de l'argent à leur famille restée au pays ;
- ◆ **les exploités** : victimes de réseaux de prostitution, de trafics de drogue ou autre, ils sont contraints au travail clandestin et illégal ;
- ◆ **les fugueurs** : ils ont quitté le domicile familial ou l'institution dans laquelle ils étaient placés en raison de relations conflictuelles ou de mauvais traitements ;
- ◆ **les errants** : ils étaient déjà en situation de rue dans leur pays et ont franchi quelques frontières au cours de leur errance avant d'arriver sur le territoire français.

Angelina Etiemble précise que ces profils sont perméables, « *que ce soit au départ du pays d'origine que sur le sol français* ». Un jeune peut ainsi relever de plusieurs de ces catégories, ou bien évoluer d'une catégorie à une autre³.

Or, leurs situations sont rarement étudiées dans leur ensemble par les autorités aux frontières, qui doivent recueillir dans l'urgence les informations nécessaires à l'application de la législation en vigueur en matière d'immigration. C'est ainsi qu'entre la moitié et les trois quart de ces jeunes étrangers se voient refuser l'accès au territoire national et sont refoulés sans examen approfondi de leur situation⁴. Cette pratique est

¹ Angelina Etiemble, *Quelle protection pour les mineurs isolés en France*, 2004.

² Le profil de ces mineurs est cependant en constante évolution en raison de l'actualité politique et sociale des pays d'origine. Voir sur ce point le rapport DEI- France, Programme européen « *Separated Children in Europe Program* », newsletter n°30, janvier-juin 2008, ainsi que le rapport de France Terre d'Asile, données statistiques mineurs étrangers isolés, juin 2008.

³ Rapport de Mme Angelina Etiemble, *Les mineurs isolés étrangers en France*, revue Migrations n° 109, septembre-octobre 2002.

⁴ Rapport du COFRADE sur l'avancée et le respect des droits de l'enfant en France et par la France, décembre 2008. De plus, bien souvent les enfants ne sont pas renvoyés dans leur pays d'origine mais dans le pays par lequel ils ont transité

par ailleurs hautement décriée par les associations de défense des mineurs et des étrangers ainsi que par le Haut Commissariat aux Réfugiés qui estime que « *les enfants placés en quête de protection ne devraient jamais se voir refuser l'entrée sur le territoire, ni être refoulés à la frontière, ni être détenus pour cause d'immigration* »¹.

L'administrateur ad hoc intervient donc à un moment délicat du parcours parfois long et périlleux du mineur et son rôle consiste à défendre ses droits dans la limite des règles applicables en matière d'immigration. Il exerce ainsi une mission périlleuse à double voire triple facette en assurant sa représentation dans toutes les démarches administratives et juridictionnelles relatives d'une part, à son maintien en zone d'attente et/ou son entrée sur le territoire, et d'autre part à la reconnaissance de sa qualité de réfugié dans le cadre d'une demande d'asile, ainsi que dans tous les recours contentieux subséquents.

Institué à l'origine pour éviter l'invalidation de la procédure de maintien en zone d'attente en raison de l'incapacité juridique des mineurs², sa mise en place ne limite que peu le risque de refoulement vers un autre pays, susceptible d'intervenir à tout moment³. La finalité même de cette représentation a d'ailleurs été remise en cause par certains qui doutent de l'utilité de son existence. L'ANAFE a ainsi toujours estimé que la mise en place par le législateur d'un administrateur ad hoc dans le cadre de mandats administratifs, n'apportait pas de véritable solution, dès lors que la seule autorité susceptible d'y répondre est le juge des enfants, en charge de la protection judiciaire de l'enfance⁴. Hélène Gacon rapporte également que tout au long des débats parlementaires ayant abouti à l'adoption de la loi du 4 mars 2002, « *le gouvernement a manifestement cherché à éviter que le mineur puisse bénéficier de l'ensemble du dispositif de protection de l'enfance alors que son arrivée seule révèle une situation de danger, durable ou temporaire* »⁵.

Exerçant un mandat tirillé entre les politiques en matière d'immigration et le système de protection de l'enfance, l'administrateur ad hoc apparaît comme un acteur instrumentalisé. Mais on ne saurait néanmoins nier le fait qu'il dispose de plusieurs moyens lui permettant d'œuvrer pour la défense des droits des mineurs étrangers.

en dernier lieu avant d'entrer en France, en application notamment de la Convention Dublin II qui établit les critères et les mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers. Cependant ce dispositif ne semble pas appliqué aux mineurs étrangers isolés puisque selon le rapport DEI-France de 2008, il n'y a pas de cas connus en zone d'attente.

¹ Déclaration de bonnes pratiques du Haut Commissariat aux Réfugiés, 2004.

² La Cour de cassation en date du 2 mai 2001 avait cassé et annulé une ordonnance rendue le 16 janvier 1999 qui déclarait nulle la procédure relative au maintien en zone d'attente d'une mineure, sur le fondement qu'elle aurait dû bénéficier d'un représentant légal en application de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile. C'est suite à cette jurisprudence qu'une réforme législative s'est opérée en confiant aux administrateurs ad hoc l'exercice des mandats administratifs, permettant ainsi de légitimer le maintien de mineurs en zone d'attente. Cass. civ. 2 mai 2001.

³ Selon le projet de loi de finances pour 2008, 63% des mineurs non admis sur le territoire ont été effectivement refoulés en 2006.

⁴ ANAFE, *Avec ou sans administrateur ad hoc, les droits des enfants constamment bafoués*, 4 Octobre 2006.

⁵ Hélène Gacon, ANAFE, *Mineurs isolés en zone d'attente : mise en place d'un administrateur ad hoc*, mars 2003.

Titre II – La désignation des administrateurs ad hoc

Les mandats administratifs mis à part, le législateur a placé le système de représentation judiciaire du mineur sous le signe de la dualité. Le fait que les textes relatifs à l'administrateur ad hoc soient répartis dans des codes présentant deux natures différentes, civile et pénale, n'institue pas en soi un système dual. Ce qui l'est en revanche, c'est que les régimes organisés par ces deux groupes de codes diffèrent complètement en de nombreux points. On peut noter ainsi un premier clivage entre deux grands domaines : le pénal d'un côté et le civil de l'autre. Ensuite, au sein même du cadre civil, on peut noter d'autres clivages.

I. Le fondement juridique de la désignation

Il revient prioritairement aux parents de représenter leur enfant et ce n'est que de manière exceptionnelle qu'on lui substituera un tiers. Etant une atteinte, certes partielle et limitée aux droits parentaux, il faut obligatoirement qu'un texte permette cette substitution. Mais la désignation de l'administrateur ad hoc n'est pas automatique. Elle doit répondre à des conditions exigées par ce texte légal. Le magistrat doit donc évaluer chaque cas d'espèce avant toute prise de décision.

A. En matière civile

Selon le Code civil, l'administrateur ad hoc est nommé :

- ◆ soit sur le fondement de l'article 389-3 lorsque, à l'occasion d'un « *acte civil* », les intérêts du mineur sont opposés avec ceux de son administrateur légal ;
- ◆ soit sur le fondement de l'article 388-2 lorsque « *dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux* »¹.

Ces deux textes montrent une dualité dans leur libellé.

L'article 389-3 du Code civil a une double portée. Il sert de fondement à la désignation d'un administrateur ad hoc dans son domaine propre qu'est le patrimoine du mineur et il organise les modalités de désignation de l'administrateur ad hoc.

Quant à l'article 388-2 du Code civil, il a un double contenu en ce sens que face à une même situation, une opposition d'intérêts entre le mineur et ses représentants légaux, le juge des tutelles et le juge saisi de l'instance, tous deux habilités à désigner l'administrateur ad hoc, doivent le faire selon des modalités différentes.

Les critères de désignation de ces deux textes sont bien différents, bien qu'ils reposent tous deux sur une opposition d'intérêts dont la caractérisation est laissée à l'appréciation souveraine des magistrats. De plus, bien que l'un fasse référence à l'acte civil et l'autre à une procédure, ce sont malgré tout, deux dispositions civiles de portée générale.

¹ Administrateur légal et représentants légaux équivaut au(x) parent(s) exerçant l'autorité parentale.

a. Une opposition d'intérêts

L'article 389-3 du Code civil exige l'existence d'une opposition d'intérêts. Elle doit même « *exister au jour où le juge statue, l'éventualité de sa survenance n'étant pas suffisante pour justifier la nomination d'un administrateur ad hoc* »¹. Quant à l'article 388-2 du Code civil, une apparence d'opposition d'intérêts suffit. Celle-ci peut être présumée avec l'un des parents seulement et être réelle avec l'autre. Il en est ainsi lorsqu'une procédure en contestation de reconnaissance de paternité ou lorsqu'une action en révocation d'adoption est diligentée par un seul représentant légal. Certains auteurs préconisent en l'espèce une désignation systématique d'administrateur ad hoc. **Dans les deux cas, le niveau du conflit d'intérêts doit impérativement se situer entre parents et enfant et exclusivement entre eux, non entre les parents comme on peut le lire dans certaines ordonnances de désignation.**

Les nombreux synonymes conférés au terme « *opposition* » entretiennent la difficulté à cerner précisément ce qu'il faut entendre par intérêts opposés. En effet, à partir du moment où *opposition* signifie tout à la fois antagonisme, antinomie, conflit, contradiction, défiance, désaccord, différence, discordance, dispute, dissension, divergence, incompatibilité, rivalité et veto², le risque est l'abus que l'on peut en faire et la crainte de voir ce domaine devenir par voie de conséquence une rubrique fourre-tout.

Ainsi, de par son caractère subjectif, la notion même d'opposition d'intérêts - insaisissable, vague et floue -, permet d'englober des situations les plus diverses sans que cette précision apportée par le législateur soit un frein aux désignations. C'est ce que révèlent les situations recensées en pratique. Elle donne tout pouvoir à la subjectivité du juge³ et à l'application de ses propres paramètres socioculturels⁴. L'appréciation ne peut donc être que variable d'un magistrat à l'autre. Le Doyen Carbonnier a écrit à ce propos qu'il n'existait « *rien de plus fuyant, rien de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire* ».

« Des juges des tutelles désignent un administrateur ad hoc en dehors de toute opposition d'intérêts lorsque ceux-ci sont en péril. Par exemple, suite au décès de l'un des parents, le mineur perçoit un capital. Celui-ci est utilisé par l'autre parent à des fins étrangères à l'intérêt du mineur et sans autorisation du juge des tutelles. Ce dernier devrait ouvrir une tutelle aux biens avec conseil de famille ou dévolue au service de l'ASE ce qui est sans effet sur l'autorité parentale relative à la personne du mineur qui continue à être exercé par le parent⁵. Or, il désigne un administrateur ad hoc pour gérer ce qui reste du capital⁶ et éventuellement engager des actions judiciaires en responsabilité contre le représentant légal et/ou l'établissement financier »⁷.

¹ Cas. 1^{re} civ. 2 juin 1987, arrêt n° 633.

² Différents synonymes donnés par le dictionnaire des synonymes, V° Opposition.

³ D. Bellot : Protection de l'enfance et Convention internationale des droits de l'enfant, in *Enfance et violences*, PUL 1992, pp. 147 et s.

⁴ Voir enquête menée par I. Théry sur 235 ordonnances de modification du droit de garde prononcées par le TGI de Paris en 1981, rappelant que les magistrats se réfèrent à un système dominant de valeurs et de normes. In *L'accès au droit du mineur* de J. Bigot : Les Petites Affiches, 3 mai 1995, n° 53.

⁵ Art. 391 C. civ.

⁶ Aucun texte ne permet de confier la gestion du patrimoine du mineur à un administrateur ad hoc.

⁷ Michelle Torrecillas, magistrat, Groupe de travail administrateur ad hoc.

La doctrine et la jurisprudence exigent l'existence d'intérêts contradictoires ou du moins divergents entre le mineur et son représentant légal. Des intérêts simplement distincts ne suffisent pas à justifier la nomination d'un administrateur ad hoc¹, pas plus que la présence de cohéritiers dans une instance en partage, sauf si circonstances particulières². D'une façon générale, le représentant légal ne peut contracter avec le mineur représenté sous peine de passer un contrat avec lui-même en utilisant sa double qualité : en étant à la fois partie au contrat en tant qu'individu et représentant du mineur avec lequel il contracte, il y a nécessairement opposition d'intérêts.

A l'opposé, il a été jugé que l'évaluation de l'opposition d'intérêts doit être indépendante de la filiation d'un enfant. Même en cas de reconnaissance mensongère avérée, le mineur peut avoir intérêt de maintenir sa filiation, ce qui justifie amplement la désignation d'un administrateur ad hoc.

L'opposition d'intérêts peut ne pas s'entendre uniquement d'un conflit actuel, mais aussi des risques de conflits qui pourraient naître en raison du comportement du représentant légal³. Cette éventualité doit être au moins sérieuse et vraisemblable, voire proche et menaçante⁴.

L'interprétation de la notion d'opposition d'intérêts semble avoir évolué dans un sens moins restrictif depuis la loi du 8 janvier 1993. Cela peut s'expliquer par le fait que l'article 388-2 du Code civil qu'elle a institué, se contente d'une présomption d'opposition d'intérêts. Dès lors, cette condition peu contraignante permet une plus large facilité de désignation.

L'évaluation de l'opposition d'intérêts est donc une question de fait qui laisse une place importante à l'interprétation du juge⁵, ce qui lui confère un pouvoir exorbitant pour désigner ou non un administrateur ad hoc au mineur. Mais la Cour de cassation exerce son pouvoir de contrôle sur la qualification des faits. Ainsi, dans un arrêt en date du 25 octobre 2005, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a estimé que le tribunal a souverainement déduit des éléments de fait - les difficultés psychologiques de la mère, sa relation fusionnelle voire pathologique avec ses filles et la complexité de la situation familiale dans le cadre d'un divorce en cours - l'existence d'une opposition d'intérêts entre la mère et ses deux filles. Ne pouvant donc assurer en toute objectivité la défense de ses filles, la désignation d'un administrateur ad hoc s'imposait.

b. Acte civil et procédure

L'article 389-3 du Code civil pose le principe de la représentation du mineur par l'administrateur légal pour certains « *actes civils* ». En droit civil, acte peut avoir deux sens : en la forme, l'instrumentum, un écrit nécessaire à la validité ou à la preuve d'une situation juridique ; au fond, le negotium, une manifestation de volonté destinée à créer un effet de droit. Il s'agit donc de toute opération juridique, patrimoniale ou extrapatrimoniale, c'est-à-dire dont les effets sont relatifs ou extérieurs au patrimoine.

¹ Par exemple, une vente en commun d'un bien indivis.

² P. Salvage-Gerest, *Tutelle. Administration légale pure et simple* : J.-Cl. 2002, fasc. 2, n° 29.

³ Paris, 1^{er} ch. 18 novembre 1965.

⁴ P. Salvage-Gerest, précité.

⁵ M. Naudet-Sénéchal, *L'enfant et le juge unique*, Les Petites Affiches, 3 mai 1995, n° 53, p. 82.

En matière d'incapacité, le droit distingue trois sortes d'actes juridiques : l'acte conservatoire, l'acte d'administration et l'acte de disposition. De par leur définition généralement données, ces actes ont un dénominateur commun : le patrimoine. En effet, il s'agit soit de préserver un droit patrimonial menacé, soit d'assurer la gestion normale et courante d'un patrimoine, soit d'entraîner la disparition d'un élément du patrimoine. Leur domaine se trouve donc cantonné aux actes patrimoniaux¹.

Or, il existe également des actes extrapatrimoniaux dont les effets sont en principe extérieurs au patrimoine comme par exemple la reconnaissance d'un enfant. Bien que cette manifestation de volonté établisse un lien de filiation entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance, on ne peut pas parler de représentation au sens juridique du terme. L'enfant est objet de l'acte juridique accompli par un tiers en ce sens que ce dernier n'agit pas au nom et pour le compte de l'enfant. Les actes extrapatrimoniaux qui peuvent être effectués par voie de représentation s'avèrent en fin de compte extrêmement rares. On peut citer les « *demandes en vue d'acquérir, de perdre la nationalité française ou d'être réintégré dans cette nationalité ainsi que les déclarations de nationalité* »².

En conclusion, la désignation d'un administrateur ad hoc sur le fondement de l'article 389-3 du Code civil ne serait concevable qu'en cas d'opposition d'intérêts au cours d'un acte juridique extrajudiciaire et uniquement dans ce contexte.

Mais une autre interprétation de l'article 389-3 du Code civil consiste à envisager la désignation d'un administrateur ad hoc en toutes circonstances, c'est-à-dire à l'occasion d'un acte, d'une opération ou d'un procès, dès lors qu'il existe une opposition d'intérêts entre le mineur et son représentant légal. Cette interprétation trouverait sa justification dans le fait que l'incapacité touche deux domaines distincts : les actes extrajudiciaires et les actes judiciaires.

Deux interprétations seraient donc envisageables :

- ♦ **l'une restrictive qui limiterait la désignation de l'administrateur ad hoc aux seuls actes juridiques ;**
- ♦ **l'autre extensive qui prendrait en considération toutes les possibilités où existe un conflit d'intérêts ce qui permettrait entre autres au mineur d'initier un procès³.**

Dans la première situation, deux conditions sont exigées : un acte juridique pour lequel existe une opposition d'intérêts ; dans la seconde une seule, l'opposition d'intérêts.

La plupart des auteurs et la jurisprudence ont retenu la seconde interprétation. La Cour de cassation a non seulement confirmé que l'article 389-3 du Code civil pouvait être appliqué à des actes extrapatrimoniaux mais également l'a étendu à des procédures contentieuses. En 1981, elle a précisé qu'il y avait lieu de désigner un administrateur ad hoc sur le fondement de l'article 389-3 du Code civil, en matière

¹ En ce sens, G. Raymond limite la portée de l'article 389-3 du Code civil aux litiges d'ordre patrimonial : JCP 96, éd. G, II, n° 42, 22707, p. 394.

² Art. 17-3 C. civ. modifié par la loi du 20 novembre 2007 (JO du 21). La représentation est obligatoire pour les mineurs âgés de moins de seize ans et tous ceux dont l'altération des facultés mentales ou corporelles empêche l'expression de la volonté. Hormis ces situations, les demandes peuvent être faites, sans autorisation, dès l'âge de seize ans.

³ La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 (JO du 9) a donné pouvoir au mineur de solliciter la désignation d'un administrateur ad hoc au juge des tutelles par voie de requête.

d'action en contestation de reconnaissance¹. En 1985, elle a souligné que « *l'administrateur légal des biens d'un mineur a qualité pour le représenter, même dans les actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux* »². En 1988, elle a jugé que l'administrateur ad hoc pouvait introduire une action en justice relative aux droits patrimoniaux du mineur³.

Quant à l'article 388-2 du Code civil, il exige pour qu'il soit applicable, l'existence d'une procédure en cours. La circulaire du 3 mars 1993 relative à la famille et aux droits de l'enfant a doté cet article d'une portée très générale, la représentation du mineur en justice. La généralité des termes « *dans une procédure* », légitime la désignation de l'administrateur ad hoc tant pour une procédure civile que pénale, tant pour une procédure relative aux intérêts patrimoniaux du mineur qu'à sa personne. Ainsi, aucune procédure n'est a priori exclue de son domaine d'application. Mais la présence du terme « *procédure* » a pour conséquence de réduire la portée de ce texte, à savoir, son inapplicabilité hors toute instance judiciaire.

C'est donc l'existence ou non d'une procédure en cours qui détermine le choix du texte applicable. Autrement dit, quand une procédure est déjà engagée, le fondement de la désignation de l'administrateur ad hoc ne peut être que sur 388-2 du Code civil. Par contre, s'il s'agit d'initier une procédure ou d'un acte extrajudiciaire, le texte fondant sa désignation sera 389-3 du Code civil.

A cette limitation textuelle imposant l'existence d'une procédure en cours, faut-il aller plus loin en exigeant que le mineur ait la qualité de partie à la procédure pour que l'article 388-2 du Code civil soit applicable ? Cela supposerait deux choses :

- ♦ que le mineur soit déjà représenté par ses représentants légaux ;
- ♦ et qu'à un moment de la procédure, leurs intérêts soient divergents.

Certains auteurs estiment que « *la représentation d'un enfant en justice se conçoit seulement lorsque le mineur est partie à la procédure* »⁴, voire même que le mineur doit être représenté dès lors qu'il est partie. En d'autres termes, toute représentation du mineur, qu'elle soit légale ou judiciaire, est conditionnée par sa place dans la procédure. Une telle interprétation exige que le mineur soit préalablement et systématiquement partie à la procédure pour envisager sa représentation. N'y a-t-il pas là confusion entre le but poursuivi et le moyen de l'atteindre ?

En effet, la représentation est un moyen juridique tendant à accomplir un acte juridique ou à exercer les droits d'une personne incapable. Le fait que la loi désigne des représentants permanents au mineur - administrateur légal, tuteur - ne suffit pas à lui conférer la qualité de partie à la procédure. Encore faut-il que ces représentants émettent un acte de volonté en ce sens.

De même, la désignation d'un administrateur ad hoc a pour but de permettre à un mineur de faire valoir ses droits en étant partie à la procédure et non l'inverse.

¹ Cass. 1^{ère} civ. 18 mars 1981.

² Cass. 1^{ère} civ. 6 novembre 1985.

³ Cass. 1^{ère} civ. 8 mars 1988.

⁴ A. Gouttenoire-Cornut, *L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale* : J.-Cl. Droit de la famille, avril 1998, n° 6, p.4. On peut lire également dans le protocole d'intervention élaborée par les Buttes-Chaumont que « *Chaque fois que l'enfant est partie à la procédure, /.../ il doit être obligatoirement représenté ou assisté* », p.16. De même dans la Mutuelle Nationale des Hospitaliers et des Professionnels de Santé que « *Lorsque les mineurs sont parties à une procédure, ils ne peuvent accéder à la justice que s'ils sont représentés* » V. Mornaud, *La justice donne la parole aux enfants*, Revue n° 122, novembre 1998, p.6.

De plus, la simple désignation d'un administrateur ad hoc ne confère pas automatiquement au mineur le statut de partie. Hormis les situations où le mineur est déjà partie à la procédure¹, ce représentant judiciaire doit, soit se constituer partie civile, soit être assigné en justice par voie d'huissier, soit intervenir par voie de conclusions.

Exiger de manière générale que le mineur soit déjà partie à la procédure pour lui permettre de solliciter la désignation d'un administrateur ad hoc serait une aberration juridique car cela reviendrait à dénaturer et à rendre inapplicable ce mécanisme de substitution. La représentation « *ad hoc* » du mineur tend seulement à lui conférer la qualité de partie. Elle en est donc la finalité. La représentation, c'est le moyen juridique pour y parvenir.

A l'inverse, d'autres auteurs suggèrent une interprétation très large de l'article 388-2 du Code civil en raison de la généralité de ses termes². Quand bien même la circulaire du 3 mars 1993 envisage la représentation du mineur en qualité de partie, ils estiment qu'il n'y a pas lieu à la restreindre à cette seule hypothèse³.

La désignation d'un administrateur ad hoc sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil est donc possible aussi bien dans les situations où le mineur est partie à la procédure que dans celles où il ne l'est pas. C'est également la position que semble avoir adopté implicitement la Cour de cassation⁴. Une telle interprétation présente l'intérêt d'harmoniser l'application de ce texte avec la disposition pénale, qui elle, n'exige pas que le mineur soit déjà constitué partie civile pour permettre aux juges répressifs de lui désigner un administrateur ad hoc⁵.

B. En matière pénale

Pour les mandats pénaux, c'est l'article 706-50 du Code de procédure pénale qui fonde la désignation d'un administrateur ad hoc. Toutefois, la jurisprudence admet l'application de l'article 388-2 du Code civil dans le cadre d'une procédure pénale.

a. Les conditions posées par l'article 706-50 du Code de procédure pénale

L'article 706-50 du Code de procédure pénale exige que le procureur de la République, le juge d'instruction ou la juridiction de jugement soient « *saisis de faits commis volontairement à l'encontre d'un enfant mineur* » et que ses intérêts ne soient pas complètement protégés par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux pour pouvoir lui désigner un administrateur ad hoc.

¹ Lorsque la désignation d'un administrateur ad hoc est postérieure à une constitution de partie civile faite par un parent.

² J. Rubellin-Devichi, *Une importante réforme en droit de la famille, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993* : JCP G 1993, I, 3659.

³ A. Gouttenoire-Cornut, article précité, p.6.

⁴ Cass. crim. 28 février 1996. Un des moyens invoqués était que la désignation n'était possible qu'à la condition que le mineur soit partie à l'instance. La Haute Cour n'a pas expressément tranché sur ce point. Mais en jugeant que l'art. 388-2 était applicable en l'espèce, elle a de manière implicite, retenu l'idée que cette condition n'était pas exigée.

⁵ La création de ce texte civil avait notamment pour objectif de pallier les insuffisances du texte pénal qui exigeait que l'auteur des faits exerce l'autorité parentale.

1. La qualification des « faits » donnant lieu à désignation d'administrateur ad hoc

Il est une caractéristique de notre droit pénal : c'est sa difficulté à nommer les choses, à définir les faits constitutifs d'une infraction qu'il doit sanctionner¹. Le législateur de 1989 comme celui de 1998 a retenu le terme « *faits* », à la fois neutre et large mais aux contours mal définis. Il revient donc aux magistrats de préciser la nature de l'infraction pouvant donner lieu à désignation d'un administrateur ad hoc.

L'absence de définition légale est probablement liée au fait que la notion de mauvais traitements a une acception évolutive. Certains comportements considérés comme criminels à une période donnée car portant atteinte à la vie des enfants, ne sont plus incriminés par notre droit².

Le législateur de 1989 n'a pas retenu les termes de la loi « *mauvais traitements* » tant il est vrai que cette notion est imprécise et incomplète en raison de son objet, mais ils servent à définir d'autres termes comme la maltraitance et les sévices.

Avec le premier terme, il s'agit de mauvais traitements dirigés envers une catégorie de personnes, comme par exemple les enfants et avec le second, de mauvais traitements corporels exercés sur quelqu'un qu'on a sous son autorité, sous sa garde.

Le terme « *faits* » évoque plus particulièrement la maltraitance physique, sous-groupe de la maltraitance. Celui d'« *abus* » aurait été plus approprié. En effet, il évoque la notion d'abus de pouvoir, de confiance par des personnes détentrices d'une autorité. Ce mot peut s'appliquer aussi bien aux violences physiques que sexuelles et reflète bien l'idée que les parents, détenteurs de l'autorité parentale, en ont fait un usage mauvais et excessif à l'égard de leurs enfants, et par conséquent qu'il convient d'attribuer la responsabilité de l'acte à l'adulte de façon exclusive. Ce mot résume à lui seul les trois paramètres contenus dans cette disposition pénale, à savoir : l'infraction, la victime et le lien particulier qui unit l'auteur à sa victime³. Néanmoins, le terme retenu est sans équivoque : il englobe certainement tous les actes de violence, qu'elle soit physique ou sexuelle.

Le législateur de 1998 a repris le terme « *faits* » mais il ne s'est pas contenté d'abroger **l'article 87-1 du Code de procédure pénale** et de le faire renaître sous un autre numéro⁴. Il ne lui a pas donné la même place dans le Code. En effet, cet article 87-1 figurait à la section intitulée « *De la constitution de partie civile et de ses effets* ». Inséré entre deux dispositions concernant l'action civile, cette disposition posait non seulement le principe de la représentation de toute victime mineure pour que sa constitution de partie civile soit recevable⁵, mais également donnait la possibilité aux juges pénaux de pourvoir à sa représentation. Il s'agissait tout simplement d'une

¹ De même, la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance n'a pas défini la notion d'information préoccupante autour de laquelle le code de l'action sociale et des familles organise désormais le dispositif de repérage et de traitement des situations d'enfants en danger.

² C'est le cas notamment pour l'interruption volontaire de grossesse pratiquée sous certaines conditions.

³ L'article 87-1 CPP, institué par la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 (JO du 14) exigeait que les faits aient été commis « *par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou par l'un d'entre eux* » pour donner lieu à la désignation d'un administrateur ad hoc. Cette loi visait indubitablement la maltraitance intrafamiliale, c'est-à-dire celle exercée par les parents sur leurs propres enfants.

⁴ Art. 706-50 CPP.

⁵ Cass. crim. 16 juin 1992.

modalité pratique particulière d'exercice de l'action civile concernant l'enfant mineur, victime de ses représentants légaux.

Quant au nouvel **article 706-50 du Code de procédure pénale**, son libellé reprend en grande partie celui de l'article 87-1. De là, on pourrait penser qu'il en est son prolongement et qu'il y a lieu à l'appliquer pour toute forme de maltraitance physique et/ou sexuelle. Mais ce texte a créé une ambiguïté relative à son champ d'application. En effet, non seulement il est issu d'une loi « *relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles* », il figure sous une nouvelle rubrique intitulée « *De la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes* ». Si l'on regarde le contenu du Livre IV qu'il complète, il s'agit d'infractions particulières telles que les actes de terrorisme, le trafic de stupéfiants, le proxénétisme, les infractions commises par les personnes morales. Désormais, le Code de procédure pénale compte un nouveau Titre IX relatif aux infractions de nature sexuelle où figure l'article 706-50, fondement de la désignation d'un administrateur ad hoc en matière pénale.

Si l'on avait encore quelques doutes quant à la portée limitée de cette disposition, ils sont facilement balayés par la référence tout au long de ce Titre à l'article 706-47 du Code de procédure pénale qui vise les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du Code pénal, c'est-à-dire le viol, les agressions et toute atteinte sexuelle. Certes, il vise également d'autres infractions non sexuelles tels que tortures ou actes de barbarie, mais ils doivent précéder ou accompagner le meurtre ou l'assassinat du mineur. En ce cas, il n'y a pas lieu à désignation d'administrateur ad hoc, la victime décédée n'ayant plus la personnalité juridique.

De plus, une circulaire du ministère de la justice en date du 20 avril 1999 limite bien la portée de cet article aux infractions sexuelles.

De même, on peut lire dans le projet de guide technique partenarial sur le traitement des informations préoccupantes du Comité Enfance en danger Isère (CEDI), en nota bene, que l'article 706-50 du Code de procédure pénale est applicable lorsque les faits poursuivis sont le viol et autres agressions sexuelles, les atteintes sexuelles, le proxénétisme, la prostitution, la corruption et la pédopornographie, infractions commises sur des mineurs¹.

La portée de cet article dépend donc de l'interprétation qu'en font les juges pénaux. La pratique révèle qu'ils continuent à l'appliquer pour des faits de maltraitance physique. En cas d'interprétation restrictive, il reste la possibilité pour ces magistrats de désigner un administrateur ad hoc sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil en tant que juges saisis de l'instance.

Nombre de désignations sont encore faites sur le fondement de l'article 87-1 du Code de procédure pénale, texte qui a été abrogé par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998.

2. Une infraction commise volontairement à l'encontre d'un mineur

Comme pour toute infraction pénale, les « *faits* » concernés par cette disposition pénale doivent répondre à des conditions de fond, à savoir la réunion d'un élément matériel -

¹ Guide technique Enfance en danger, *Le repérage, le traitement et l'évaluation d'une information préoccupante et la mise en œuvre d'une intervention sociale ou judiciaire*. Conseil général de l'Isère, Direction de l'enfance et de la famille.

la commission de l'infraction -, et d'un élément moral - la volonté de la commettre -. Il doit donc s'agir d'une infraction commise volontairement à l'encontre d'un mineur.

La juxtaposition des mots « *faits commis* » implique un acte ou une action. En droit, il s'agit de tout évènement susceptible de produire des effets de droit, d'avoir des conséquences juridiques. En d'autres termes, il s'agit de commettre un acte prohibé par la loi. Ce sont les enfants victimes de sévices ayant subi des mauvais traitements qui sont concernés et non les mineurs en danger, pour lesquels existe un risque. C'est donc seulement la « *maltraitance avérée* », non le « *risque de maltraitance* » qui est visée. De même, les infractions d'omission, par imprudence et de négligence ne peuvent donner lieu à désignation d'administrateur ad hoc sur le fondement de l'article 706-50 du Code de procédure pénale¹.

La seule poursuite ou mise en examen contre un parent, pour non-information aux autorités administratives ou judiciaires de mauvais traitements ou privations infligés à un mineur de quinze ans², ne peut donner lieu à désignation d'un administrateur ad hoc. La Cour de cassation a confirmé cette interprétation. Par un arrêt en date du 22 juin 1993, la Chambre criminelle a jugé que « *l'abstention consistant en non-dénonciation de sévices aux autorités administratives ou judiciaires* » ne répond pas à la définition de « *l'acte commis volontairement à l'encontre de l'enfant* ».

L'infraction doit avoir été commise « *à l'encontre* » de l'enfant. Cela concerne incontestablement les atteintes à l'intégrité physique de la personne de l'enfant. La seule maltraitance psychique, morale qui peut s'exercer par le verbe, les pressions, les manipulations ne peut fonder la désignation d'un représentant judiciaire mais elle peut être seulement une cause d'aggravation de la peine. De même, l'article 706-50 du Code de procédure pénale est inapplicable pour désigner un administrateur ad hoc à un mineur, victime par ricochet ou pour toute atteinte à ses biens³.

Quant au pluriel utilisé, il semble plus le reflet de la réalité, les sévices ayant généralement un caractère répétitif et prolongé⁴, que l'obligation pour l'enfant d'avoir subi plusieurs actes de maltraitance pour être autorisé à être représenté dans une procédure judiciaire. S'il en était besoin, toute infraction pénale est d'ailleurs caractérisée dès lors qu'un seul acte est constitué. La fréquence des actes et leur intensité sont des éléments qui doivent être seulement pris en compte dans le prononcé de la sanction, non dans la possibilité de demander réparation du préjudice subi.

Cette atteinte à l'intégrité physique de la personne de l'enfant mineur doit par ailleurs, avoir été commise de manière intentionnelle. Les faits doivent donc avoir été commis volontairement par l'auteur de l'infraction. Cela signifie que l'acte à l'origine du dommage et le dommage lui-même ont été voulus par l'agent. Il faut donc que l'auteur des faits ait eu l'intention de nuire ou de commettre une infraction. Un enfant

¹ La désignation est possible sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil.

² Art. 434-3 CP.

³ Certains pensent que les infractions d'atteinte aux biens peuvent donner lieu à désignation d'administrateur ad hoc sur le fondement de l'article 706-50 CPP, *Projet de rapport du groupe de travail sur la revalorisation de la mission des administrateur ad hoc*, élaboré par Yvon Tallec, Jacquemine Farge et Alice Verpillot, le 4 mai 2007. Or, la nature même des faits incriminés (maltraitance physique et/ou sexuelle) ne permet pas d'avoir cette position.

⁴ M.-J. Sublet : Discussion du projet de loi relatif à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et protection de l'enfance, adopté par le Sénat. A.N., 2^{ème} séance du 13 juin 1989, p. 2090.

qui subirait un préjudice causé par l'imprudence de son ou ses parents ne pourrait lui ou leur en demander réparation, faute de pouvoir lui désigner un administrateur ad hoc sur le fondement de l'article 706-50 du Code procédure pénale¹.

3. La non protection complète des intérêts du mineur victime

Aux termes de l'article 706-50 du Code de procédure pénale, les magistrats chargés d'une affaire pénale, devront préalablement constater que les intérêts du mineur ne sont pas complètement protégés par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux. Que faut-il entendre par non protection complète des intérêts du mineur ? Comme pour l'évaluation de l'opposition d'intérêts, l'appréciation va avoir un caractère éminemment subjectif².

La difficulté majeure de ce critère décisionnel réside dans la présence de l'adverbe « *complètement* ». Son adjonction est le fait de l'Assemblée nationale dès l'adoption du projet de loi en première lecture. Par deux fois, le Sénat l'a supprimé pour finalement le maintenir en deuxième lecture. Quel contour lui donner ?

Certains juristes pensent que le critère de décision repose sur l'opportunité pour l'enfant victime de se constituer partie civile. Aussi, lorsque l'action civile est déjà engagée au nom de l'enfant par son représentant légal, il n'y a pas lieu à lui désigner un administrateur ad hoc, le texte pénal étant « *conçu pour pallier les carences parentales et non pour interdire ou bloquer leurs initiatives* »³.

En ajoutant l'adverbe « *complètement* », le législateur a probablement voulu mettre un terme à une certaine pratique. En d'autres termes, le texte ne semble plus permettre la désignation d'un administrateur ad hoc lorsqu'un parent au moins s'est constitué partie civile au nom de son enfant. Par contre, elle doit être obligatoire en cas contraire. Ne risquant plus d'être exclu de la scène judiciaire, il s'ensuit un meilleur respect des droits du parent non impliqué.

Mais cela peut à l'occasion, se révéler contraire aux intérêts du mineur. Certes, « *la désignation d'un administrateur ad hoc est une limitation partielle et ponctuelle des prérogatives parentales, mais il ne faut pas perdre de vue le contexte de désignation : la maltraitance dans le cadre familial. Parfois, dans certaines situations, certes rares, les parents se constituent partie civile dans leur intérêt propre et non dans celui de leur enfant. La complicité active ou passive, l'ambivalence du second parent non poursuivi sont des faits réels et fréquents dans ce type d'affaire. Le risque est de voir fleurir des constitutions de partie civile systématiques afin de faire obstacle à l'application du texte pénal ce qui, en l'occurrence irait à l'encontre du but poursuivi, la protection des intérêts du mineur* »⁴.

La pratique révèle que cet adverbe n'a enlevé en rien toute initiative au juge pénal. C'est ainsi qu'on peut lire dans une ordonnance de désignation rendue par un

¹ Application en ce cas des articles 389-3 et 388-2 du Code civil.

² Un magistrat du Parquet dit désigner un administrateur ad hoc « *quand la famille n'est pas claire* », appréciation pour le moins obscure. B. Azéma, Rôle du Parquet et légitimité des juges pénaux à désigner l'administrateur ad hoc, p. 156. Actes colloque L'administrateur ad hoc, cet inconnu ! Grenoble 1999, Chrysallis,

³ C. Neirinck, JCP 91, 3496, n° 19.

⁴ Argumentaire développé par G. Favre-Lanfray après l'adoption en 1^{ère} lecture de l'AN du projet de loi, à propos de l'adjonction de l'adverbe « *complètement* » dans ses propositions d'amendement soumis à des parlementaires.

magistrat instructeur « *que même si* » la mère s'est constituée partie civile, sa fille « *ne bénéficie toujours pas de l'assistance d'un avocat* » ; qu'il ressort « *de l'expertise médico-psychologique que cette dernière souffre de l'ambivalence de sa famille par rapport aux faits dénoncés et à l'auteur* » et éprouve « *le sentiment de ne pas être suffisamment soutenue* » ; qu'enfin, « *l'évolution de sa personnalité sera affectée (...) si la position familiale ne se clarifie pas quant à l'attitude familiale face au mis en examen* ».

Les juges d'instruction procèdent généralement à la désignation d'un administrateur ad hoc et ce, malgré la constitution de partie civile du parent, lorsque les faits sont dénoncés dans le cadre d'une procédure de divorce ou à l'occasion d'une demande de modification du droit de visite et d'hébergement car pour eux, il y a le plus souvent un conflit parental sous-jacent. La désignation d'un administrateur ad hoc est une façon de préserver l'enfant de ce conflit, d'avoir sa parole propre dans le cadre de la procédure¹. Quant au parent substitué, il peut toujours interjeter appel de cette désignation.

Il est une situation où une désignation d'administrateur ad hoc devrait être systématique, même lorsque les parents se sont constitués partie civile. Ce sont les **situations d'inceste fraternel**. Comment des parents peuvent objectivement défendre les intérêts de leur enfant victime contre leur autre enfant auteur ? De plus, les parents comparaissent à l'audience comme civilement responsables et en cas de condamnation, ils devront indemniser leur enfant victime. Dans ces situations, le conflit d'intérêts est manifeste mais ce critère répond aux exigences de l'article 388-2 du Code civil, non de la disposition pénale.

Dans un cas d'espèce, la désignation d'administrateur ad hoc a été infirmée par la chambre de l'instruction alors que le signalement a été fait par le service pédiatrique, que les parents ne se sont pas constitués partie civile pour leur fille victime. Pour la juridiction d'appel comme pour le représentant du ministère public, dès lors que les parents lui ont apporté tous les soins nécessaires et pris toutes les mesures utiles pour empêcher la réitération des faits, il n'y avait pas lieu, légalement, à désignation d'un administrateur ad hoc. N'y-a-t-il pas là confusion entre ce qui relève de la protection du mineur et sa représentation juridique ?

Par ailleurs, des juges d'instruction font référence à l'existence d'une mesure de protection judiciaire pendante devant le juge des enfants pour justifier la désignation d'un administrateur ad hoc. L'incapacité des parents à protéger leur enfant est perçue comme une impossibilité à défendre ses intérêts en justice.

Selon ce même raisonnement, un juge d'instruction a rendu une ordonnance de mainlevée de désignation d'administrateur ad hoc en se basant sur le fait que le juge des enfants a remis l'enfant à sa mère en raison de l'évolution positive de la situation mettant fin au placement de l'enfant ; que par conséquent la protection de ses intérêts est assurée complètement par sa mère².

Cette exigence imposée par l'article 706-50 du Code de procédure pénale n'est pas sans incidences pour les magistrats chargés de l'instance pénale. Ils doivent désormais

¹ Martin Delage. *Désignation indépendamment de la conviction sur la culpabilité*. Actes colloque L'administrateur ad hoc, cet inconnu !, pp 164 et 165, Grenoble 1999, Chrysallis.

² En ce cas d'espèce, la désignation d'administrateur ad hoc émanait du procureur de la République. TGI Cambrai, février 2002.

motiver leurs décisions. La décision de désigner un administrateur ad hoc au mineur relève toujours du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond mais depuis 1998, ils doivent justifier légalement leur décision. En d'autres termes, tous les magistrats visés par la disposition pénale doivent démontrer en quoi les intérêts du mineur ne sont pas complètement protégés au regard de l'article 706-50 du Code de procédure pénale.

Or, en pratique, les désignations d'administrateur ad hoc sont rarement motivées. Les magistrats se contentent de reprendre le libellé du texte pénal.

Que les conditions exigées par l'article 706-50 du Code de procédure pénale soient réunies ou non, les juges pénaux disposent d'une autre solution légale : recourir à l'article 388-2 du Code civil.

b. Le recours à l'article 388-2 du Code civil

Aux termes d'un arrêt du 25 octobre 2005, confirmant des décisions antérieurement rendues dans le même sens, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que *« si l'article 706-50 du code de procédure pénale permet au procureur de la République ou au juge d'instruction saisis de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur de désigner un administrateur ad hoc lorsque la protection des intérêts du mineur n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux, cette disposition n'est pas exclusive, en l'absence de décision du juge d'instruction ou du procureur, de celle de l'article 388-2 du code civil, de portée générale, qui autorise le juge des tutelles à procéder à cette désignation dès lors que l'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux a été constatée »*. En l'espèce, bien qu'une mère se soit constituée partie civile pour ses deux filles mineures, le juge des tutelles leur a désigné un administrateur ad hoc sur requête du père, mis en examen pour des faits de viols et de violences commis sur la personne de ses deux filles.

Ainsi, l'article 388-2 du Code civil peut valablement être visé pour désigner un administrateur ad hoc dans le cadre d'une procédure pénale, soit par les juges pénaux en tant que juges saisis de l'instance ; soit par le juge des tutelles, notamment lorsque les conditions requises par le texte pénal ne sont pas réunies, en cas de classement sans suite ou de non désignation par les juges pénaux.

En matière de délinquance juvénile, le juge des enfants faisant fonction de juge d'instruction, peut désigner l'administrateur ad hoc, soit sur le fondement de l'article 706-50 du Code de procédure pénale, soit sur celui de l'article 388-2 du Code civil en tant que juge saisi de l'instance, soit sur ces deux fondements.

C. En matière administrative

Dans le cadre des mandats administratifs, ce sont les articles L.221-5 et L.751-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile qui fondent la désignation d'un administrateur ad hoc. Ces deux articles ont pour point commun de ne s'appliquer qu'en cas de reconnaissance de la qualité de mineur étranger isolé, qui reste un préalable indispensable à toute désignation. La circulaire interministérielle du 14 avril 2005 rappelle dans ce sens que le doute sur la minorité de l'intéressé doit conduire à la désignation d'un administrateur ad hoc. Le législateur envisage alors deux situations de désignation : lorsque le mineur entre en zone d'attente en l'absence

d'un représentant légal d'une part ; à l'occasion de la formulation d'une demande d'asile, qu'il soit ou non maintenu en zone d'attente d'autre part.

a. La reconnaissance de la qualité de mineur étranger isolé

La loi considère comme isolés les mineurs étrangers répondant aux deux conditions suivantes : l'absence d'un représentant légal sur le territoire français et la qualité de mineur de moins de 18 ans¹. Lorsqu'un jeune se présente aux services de la police aux frontières (PAF) lors de son arrivée sur le territoire, ou à l'occasion d'une demande d'asile formulée en Préfecture, il appartient aux autorités, en l'occurrence le procureur de la République et les services de la PAF, de procéder à toutes les investigations nécessaires visant à établir clairement sa minorité et l'absence de représentant légal sur le territoire.

1. La détermination de la minorité du jeune étranger

La première condition requise pour l'intervention d'un administrateur ad hoc réside en la reconnaissance de la qualité de mineur du jeune. La preuve de la minorité peut être établie au moyen d'actes d'état civil en apparence réguliers, sauf si d'autres éléments établissent qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou ne correspondent pas à la réalité². Ces documents doivent se présenter sous la forme d'un « *écrit dans lequel l'autorité publique étrangère constate d'une manière authentique un évènement dont dépend l'état de plusieurs personnes* »³. A défaut, les autorités peuvent recourir à un autre mode de preuve légal : l'expertise.

Près de 25% des jeunes étrangers se déclarant mineurs lors de leur placement en zone d'attente font l'objet d'une expertise médicale basée sur des tests osseux⁴. Fondé sur la méthode de Greulich et Pyle, cet examen consiste à établir une comparaison entre les clichés radiographiques de la main et du poignet gauche d'une personne et un atlas de référence, et ainsi en déduire l'âge chronologique de la personne. Or, le recours à une telle méthode datant de 1935 est aujourd'hui largement contesté⁵. Le Commissaire aux droits de l'homme, Monsieur Alvaro Gil Robles, avait d'ailleurs déjà souligné à l'occasion de sa visite en France en septembre 2005 que l'utilisation de cette technique était inadaptée et que « *cette controverse, qui n'est pas propre à la France, pose le*

¹ Circulaire n°CIV/01/05 prise en application du décret n°2003-841 du 2 septembre 2003 relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad hoc institués par l'article 17 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

² Art. 47 alinéa 1 C. civ.

³ Cass. 1^{ère} civ. 14 juin 1983, arrêt Suhami.

⁴ Rapport alternatif de l'ANAFE présenté au Comité des droits de l'homme en vue de l'examen du quatrième rapport périodique de la France dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 93^{ème} session du 7 au 25 juillet 2008.

⁵ Les données constitutives de l'atlas ont été réalisées sur la base d'un échantillon de personnes de race blanche et d'origine nord américaine en 1935. Or depuis lors, ces caractéristiques morphologiques ont évolué et ne prennent plus en considération les différences individuelles, raciales ou ethniques existantes. Le Comité National Consultatif d'Ethique dans son avis en date du 23 juin 2005 « *confirme l'inadaptation des techniques médicales utilisées actuellement aux fins de fixation d'âge chronologique* ». De même, le rapport de l'Académie Nationale de Médecine du 16 janvier 2007 estime que la détermination de l'âge par l'utilisation de la méthode Greulich et Pyle peut être correctement appréciée en dessous de 16 ans. En revanche « *cette méthode ne permet pas de distinction nette entre 16 et 18 ans* ».

douloureux problème de la classification de certains mineurs parmi les adultes, ce qui les exclut de fait des garanties administratives et judiciaires qui leur sont offertes»¹.

Même si les conclusions médicales de ce test ne constituent qu'un moyen parmi d'autres pour le magistrat afin de fonder son appréciation², il n'en résulte pas moins que la question de la valeur que va lui attribuer le juge lors de sa prise de décision en l'absence d'autres éléments pouvant justifier de sa minorité reste ouverte³.

Le recours à ce type d'examen médical a également été critiqué pour être généralement effectué en l'absence de recueil du consentement de l'administrateur ad hoc, ou bien même de celui du jeune. Or, conformément à l'article 371-1 du Code civil, l'autorisation des actes médicaux relève des prérogatives d'autorité parentale et sauf en cas d'urgence vitale ou de risque grave pour la santé du mineur, « *son consentement doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* »⁴.

Mais même en supposant la présence d'un interprète, en pratique, le consentement du jeune n'est pas recueilli⁵. De plus, qu'en est-il lorsque la désignation de l'administrateur ad hoc fait suite aux conclusions positives de l'examen osseux ? Il y a non seulement non respect du recueil de consentement de l'administrateur ad hoc, qui officie en tant que représentant du jeune en l'absence de ses parents en vue d'autoriser la réalisation de ces tests, mais également violation de la présomption de minorité qui devrait être appliquée jusqu'à l'expertise⁶.

En conséquence, le jeune se trouve privé du bénéfice de la présence d'un administrateur ad hoc à ses côtés, ainsi que de la possibilité d'exercer un recours contre une décision violant ses droits. En outre, il se verra infliger le traitement réservé aux majeurs, notamment dans le cadre de la procédure de garde à vue ou celle relative au maintien en zone d'attente, de nature à violer les conventions internationales et européennes en matière de droits de l'homme. En particulier, la détention de mineurs dans des conditions inadaptées à son âge et à sa maturité ne pourrait-elle pas être considérée comme une atteinte à l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui stipule « *que nul ne peut être soumis à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* » ?

¹ Rapport de Mr Alvaro Gil Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur le respect effectif des droits de l'homme en France suite à sa visite du 5 au 21 septembre 2005.

² Art. 246 CPC. Voir également à ce sujet les arrêts de la Cour de Cassation du 23 janvier 2001 et celui de la Cour d'appel de Paris du 13 novembre 2001 où le juge reconnaît être libre d'apprécier la validité de l'expertise et n'est pas lié par les résultats en présence d'autres éléments de nature à prouver la minorité du jeune.

³ La première Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi jugé dans un arrêt du 10 mai 2006 que « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qu'après avoir, par motifs adoptés, relevé que M. X ne produisait pas un seul document administratif, ce qui rendait son hypothèse de minorité invérifiable, et qu'interrogé à ce sujet, il n'avait fourni aucune indication supplémentaire, de sorte que sa date de naissance était incontrôlable, le premier président a retenu que les deux expertises figurant au dossier, qui reconnaissaient à l'intéressé un âge osseux compris entre 18 et 19 ans, permettaient de lui attribuer un âge supérieur à 18 ans* ».

⁴ Art. L 1111-4 C.S.P.

⁵ Rapport alternatif de l'ANAFE juillet 2008, précédemment cité.

⁶ Selon le Résolution du Conseil de l'Europe du 26 septembre 1997, « *l'enfant doit apporter la preuve de sa minorité et les Etats sont libres de déterminer le type de preuve valable. Toutefois en cas de doute sur la minorité, les Etats s'engagent à privilégier le bénéfice du doute* » et donc la présomption de minorité.

2. L'absence de représentants légaux

Il appartient aux services de la PAF lorsque le jeune se présente à la frontière, et au procureur de la République à l'occasion d'une demande d'asile formulée sur le territoire, de procéder aux investigations nécessaires afin de s'assurer que le jeune soit isolé, c'est-à-dire privé de la présence de ses représentants légaux. Par représentants légaux, on entend les parents ou tuteurs, toute personne exerçant l'autorité parentale ou tout adulte dûment mandaté pour le représenter. C'est donc l'absence de représentant sur le territoire qui justifie le recours à la nomination d'un administrateur ad hoc afin de représenter le mineur incapable dans ses démarches.

Comme le souligne la Circulaire interministérielle en 2005, « *la preuve d'un lien de filiation par tout document en cours de validité, permettra par exemple, que le mineur ne soit pas reconnu comme isolé. De même, le mineur étranger ne pourra être considéré comme isolé s'il est inscrit sur le passeport d'un majeur, ou encore s'il est produit un acte valant de plein droit délégation d'autorité parentale* ». Ces documents devront répondre aux exigences formulées à l'article 47 alinéa 1 du Code civil.

La difficulté consiste donc ici à distinguer les représentants légaux des simples accompagnateurs. En effet, nombreux sont les mineurs qui arrivent effectivement accompagnés par un adulte. Cependant cette personne n'est pas nécessairement titulaire de l'autorité parentale. Il peut ainsi très bien s'agir d'un oncle, d'un cousin, ou de toute personne ayant été contractée par les représentants légaux en vue d'accompagner l'enfant durant le trajet. C'est pourquoi il revient aux autorités concernées d'opérer un premier filtrage notamment en vue de déceler des cas d'enfants enrôlés dans des réseaux de prostitution. En l'espèce, au-delà de la reconnaissance de la qualité d'« *isolé* » du mineur, l'Etat français doit de lui venir en aide et de lui apporter sa protection au titre des textes internationaux dont il est signataire¹.

b. Les deux situations donnant lieu à désignation d'un administrateur ad hoc

Une fois la qualité de mineur étranger isolé reconnue, les articles L.221-5 et L.751-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile limitent les conditions de désignation d'un administrateur ad hoc en envisageant deux situations : lors de la notification du refus d'entrée du jeune sur le territoire d'une part, et lorsque déjà présent en France, il effectue une demande d'asile d'autre part. Cependant, la loi n'envisage pas la situation des mineurs isolés qui, déjà présents sur le territoire, ne sollicitent pas l'asile.

1. Lors de l'entrée du mineur en zone d'attente, en l'absence d'un représentant légal

C'est sur le fondement de l'article L.221-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile, modifié par l'article 48 de la loi du 24 juillet 2006, que lorsqu'un mineur non accompagné n'est pas autorisé à entrer sur le

¹ La France a ainsi ratifié le *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, du 25 mai 2000, ratifié le 5 février 2003.

territoire français, le procureur de la République, avisé immédiatement, lui désigne sans délai un administrateur ad hoc qui assurera sa représentation dans toutes les procédures administratives ou juridictionnelles relatives à son maintien en zone d'attente et à son entrée sur le territoire.

Pour entrer sur le territoire français, l'étranger doit généralement être muni de son passeport, d'un des visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur, ainsi que des documents permettant de justifier de l'objet et de ses conditions de séjour, de ses moyens d'existence, de ses garanties de rapatriement ainsi que de sa prise en charge par un organisme agréé de ses dépenses médicales et hospitalières¹.

Un refus d'entrée peut ainsi être prononcé dans plusieurs cas :

- ♦ si la personne n'est pas munie des documents prévus par les textes² ;
- ♦ si sa présence en France constitue ou risque de constituer une menace pour l'ordre public³ ;
- ♦ s'il a déjà fait l'objet d'une mesure d'interdiction du territoire, d'un arrêté d'expulsion ou d'un arrêté de reconduite à la frontière datant de moins d'un an⁴ ;
- ♦ si son accès a été refusé sur la base des conventions de Schengen lorsqu'il a déjà été signalé par l'un des Etats membres aux fins de non admission.

La loi d'admission sur le territoire français ne distingue pas les mineurs des majeurs et l'admission des mineurs n'est pas automatique. Le mineur étranger isolé arrivant en France par voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui n'est pas autorisé à entrer sur le territoire au motif de l'un des moyens précités, se voit donc généralement assortir cette décision d'une mesure de placement en zone d'attente située dans les aéroports, les ports ou dans les gares ferroviaires ouvertes au trafic international. Ce maintien ne doit cependant durer que le temps nécessaire à l'organisation de son départ ou à l'étude de son dossier dans le cadre d'une demande d'asile⁵. Au regard des textes internationaux et notamment de la CIDE, ce placement en zone d'attente, au même titre que les adultes, est par ailleurs largement critiqué par les associations et ONG intervenant en la matière ainsi que par le Commissaire aux droits de l'homme qui appelle les autorités françaises à considérer le mineur comme un enfant en danger, « *et ainsi à lui éviter tout passage en zone d'attente* »⁶. Le juge européen considère quant à lui que la détention d'un enfant isolé dans un centre initialement conçu pour des adultes, comme tel est le cas en France, et en l'absence d'accompagnement psychologique ou éducatif, constitue un traitement inhumain et dégradant⁷.

¹ Art. L. 211-1 à L. 212-2 et R. 211-1 à R. 212-11 CESEDA. Cependant, ces règles ne s'appliquent pas aux ressortissants de l'Union Européenne, ainsi qu'aux autres Etats membres de l'Espace Economique Européen ainsi que d'Andorre, Monaco, Saint Marin et Saint Siège, qui bénéficient de dispositions plus favorables.

² Cependant les demandeurs d'asile ne pourront pas se voir refuser l'accès du territoire français pour ce motif au titre de l'article L. 741-3 CESEDA.

³ Art. L.213-1 CESEDA.

⁴ Art L.213-1 CESEDA. Cependant, cette mesure n'est pas envisageable concernant les mineurs étrangers car aux termes de l'article L. 111-4 CESEDA, ils ne peuvent pas se voir prononcer une quelconque mesure d'éloignement du territoire durant leur minorité.

⁵ Art L 221-1 CESEDA

⁶ Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, précité. Voir également le rapport alternatif de l'ANAFE en date de juillet 2008 qui estime que la décision de placement en zone d'attente d'un mineur étranger isolé ne prend à l'évidence pas en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, précité.

⁷ CEDH, 12 octobre 2006 Muubilanzila Mayeka et a. c/ Belgique.

C'est donc dès la notification de son refus d'entrée par les services administratifs concernés que le mineur doit se voir désigner un administrateur ad hoc qui sera chargé de le représenter dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles relatives à son maintien en zone d'attente ainsi que celles afférentes à son entrée sur le territoire.

Cependant, dans la pratique, certains mineurs seraient apparemment renvoyés presque immédiatement après un contrôle passerelle et donc sans être admis en zone d'attente, de sorte qu'ils se voient priver du bénéfice de la représentation d'un administrateur ad hoc. Il s'agirait notamment, comme le relate Mme Sylvie Guichard, responsable de l'action sociale à la Croix Rouge, de cas de jeunes chinois qui seraient placés systématiquement en zone internationale afin de permettre à la Police de s'assurer qu'ils prendront bien leur vol de continuation¹. Or, ces derniers ne figurent sur aucun registre et sont donc inexistantes au regard de l'administration française, car seuls les mineurs étrangers ayant fait l'objet d'une mesure de non admission sont comptabilisés depuis janvier 2006. Ces pratiques inacceptables ont par ailleurs été jugées très inquiétantes par le Commissaire aux droits de l'homme qui en fait état dans son rapport à l'occasion de sa dernière visite en France².

De plus, au terme de la loi, la désignation opérée par le procureur de la République doit se faire sans délai après avoir été prévenu de la présence d'un mineur étranger isolé. Cependant, l'intervention tardive de l'administrateur ad hoc auprès du jeune lors de son entrée en zone d'attente est un problème bien connu qui fait obstacle à une représentation effective de l'enfant et porte atteinte à son intérêt supérieur³. Cette constatation est notamment pointée par le rapport de Mr Alvaro Gil-Roblès sur le respect effectif des droits de l'homme en France en 2005, ainsi que par diverses ONG spécialisées dans l'enfance et le droit des étrangers⁴. Les causes de ce retard sont imputables aussi bien à la procédure en elle-même qu'aux conditions d'exercice de la mission confiée aux administrateurs ad hoc.

D'une part en effet, la multiplication des contrôles effectués aux passerelles, permettant aux agents de la PAF une identification immédiate du pays d'origine, ou tout du moins de provenance, retardent le moment effectif où un représentant pourra être présent auprès du jeune et lui apporter le soutien et le conseil appropriés. D'autre part, les administrateurs ad hoc étant généralement des bénévoles, ils n'ont pas la disponibilité requise afin d'être présents au moment même du placement du jeune en zone d'attente. Même les associations mandatées pour agir auprès de ces jeunes connaissent des difficultés. Ainsi en 2006 à l'aéroport Roissy, pour 80% des mineurs ayant bénéficié de la désignation d'un administrateur ad hoc, 60 cas ont été refusés par manque de personnels disponibles de la Croix Rouge Française⁵. En 2008 et pour une courte période, France Terre d'Asile a même reconnu devoir cesser ces activités en la matière auprès des mineurs isolés faute de ne plus pouvoir en assurer la charge

¹ Rapport Parlementaire sur le Projet de loi de finances pour 2008 Sécurité- Immigration, asile et intégration, précité.

² Rapport de Mr Alvaro Gil-Roblès, précité.

³ Cass 1ère 22 mai 2007 : la désignation d'un administrateur ad hoc dans un délai de 39h porte atteinte à l'intérêt supérieur du mineur.

⁴ Lire à ce sujet les rapports de l'ANAFE au Conseil des Droits de l'Homme dans le cadre de l'examen périodique universel de la France, janvier 2008, de France Terre d'Asile relatif à l'exercice des missions de l'administrateur ad hoc pour les mineurs étrangers isolés, novembre 2008, et de DEI France dans le cadre du programme Européen SCEP, juin 2008, précités.

⁵ Rapport parlementaire sur le projet de loi de finance 2008 Sécurité- Immigration, asile et intégration, précité.

financière¹. La question de la revalorisation de l'indemnisation allouée aux administrateurs ad hoc dans le cadre des mandats administratifs ainsi que celle de la reconnaissance d'un véritable statut sont mises parfaitement en exergue.

Or, le retard de la présence effective de l'administrateur ad hoc à ses côtés prive le mineur de l'exercice de ses droits car il ne dispose pas de l'information nécessaire pour comprendre sa situation, et notamment lors de la notification par la PAF des décisions de refus d'entrée et de placement en zone d'attente ainsi que des droits relatifs à ce maintien.

Ainsi, l'étranger maintenu en zone d'attente doit être informé qu'il peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin, communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix². S'il ne parle pas le français, il doit indiquer au début de la procédure une langue qu'il comprend. A défaut, la langue utilisée sera le français³. De même, durant les jours précédant une audition devant le juge judiciaire en cas de prolongation de la mesure de placement en zone d'attente, l'article L. 213-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile permet à l'étranger de bénéficier d'un jour franc avant l'exécution de toute mesure de refoulement s'il en fait la demande.

Aux termes de la circulaire n°CIV/01/05 relative aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad hoc, ce dernier a pour mission de dispenser l'information nécessaire à la compréhension de la procédure. En l'état actuel, la PAF doit aviser le procureur de la République dès qu'un mineur est placé en zone d'attente. Ce n'est qu'alors que celui-ci doit lui désigner sans délai un administrateur ad hoc. Or, c'est lors de la notification par la PAF des décisions de non admission sur le territoire et de placement en zone d'attente ainsi que des droits attachés à ce placement que le représentant devrait être présent, c'est-à-dire avant le placement même en zone d'attente. Il apparaît donc nécessaire de modifier la procédure afin de permettre une désignation de l'administrateur ad hoc en amont.

2. Lorsque le mineur étranger formule une demande d'asile en l'absence d'un représentant légal sur le territoire

C'est l'article L.751-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile qui fonde la désignation de l'administrateur ad hoc lorsqu'une demande d'asile est formée par un mineur étranger sans représentant légal sur le territoire français en vue d'obtenir le statut de réfugié. En droit français, la **qualité de réfugié** est ainsi reconnue dans trois situations⁴ :

- ◆ lorsqu'une personne est persécutée en raison de son action en faveur de la liberté ;
- ◆ lorsqu'elle fait l'objet d'un mandat exercé par le Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés⁵ ;
- ◆ lorsqu'elle répond aux définitions de l'article 1^{er} de la Convention de Genève du 28 juillet 1951⁶.

¹ France Terre d'Asile, communiqué de presse du 1^{er} septembre 2008.

² Article L221-4 du CESEDA.

³ Article L111-7 du CESEDA

⁴ Article L 711-1 du CESEDA.

⁵ Art. 6 et 7 du Statut du HCR adopté le 14 décembre 1950.

⁶ Aux termes de cet article, la qualité de réfugié est reconnue à « toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut, ou du fait de cette crainte, ne veut se

Lorsque le mineur étranger isolé remplit une des trois conditions, il peut se voir conférer les droits découlant de la reconnaissance du statut de réfugié. A défaut, la **protection subsidiaire** peut lui être accordée s'il ne remplit pas ces conditions mais qu'il établit être exposé dans son pays à l'une des menaces suivantes¹:

- ♦ la peine de mort ;
- ♦ la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants;
- ♦ s'agissant d'un civil, une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international.

Moins protecteur que le statut de réfugié, le bénéfice de la protection subsidiaire n'est accordé que pour une période d'un an renouvelable, et susceptible d'être refusé à chaque échéance lorsque « *les circonstances ayant justifié l'octroi de la protection ont cessé d'exister, ou ont connu un changement suffisamment profond pour que celle-ci ne soit plus requise* »².

Tout mineur étranger peut donc solliciter l'asile, sans limite d'âge, dans la perspective d'être reconnu comme réfugié ou à défaut obtenir la protection subsidiaire. Dans les deux cas, il ne lui sera délivré de titre de séjour avant qu'il ait atteint l'âge de dix huit ans, ou seize s'il souhaite travailler. Si sa demande est rejetée, aucune mesure d'éloignement ne pourra le frapper avant sa majorité³.

Dans ce cadre, l'administrateur ad hoc ne se substitue pas au mineur pour demander l'asile. Il s'agit d'un droit propre à l'enfant qu'il peut accomplir seul. Comme le précise la circulaire du 14 avril 2005, « *cette démarche doit être personnelle, et le mineur peut toujours présenter une demande en l'absence de son représentant* ». Il est cependant nécessaire qu'il bénéficie d'un représentant afin de pouvoir l'accompagner dans ses démarches, signer le formulaire OFPRA⁴. De plus, l'office réservera sa décision jusqu'à la majorité du jeune si aucune mesure de tutelle n'est prononcée, ce qui le privera de la possibilité d'exercer un quelconque recours contre la décision de refus pendant sa minorité⁵ devant la Cour Nationale du Droit d'Asile (CNDA). Le mineur n'ayant pas la possibilité d'ester en justice en raison de son incapacité, c'est à son représentant, en l'occurrence l'administrateur ad hoc de former un tel recours qui s'avère être décisif pour le futur de l'enfant.

La demande d'asile peut ainsi être formulée dans deux situations :

- ♦ lorsque le mineur arrive à la frontière par voie ferroviaire, maritime ou aérienne. Dans ce cas de figure, il n'aura pas à justifier des papiers nécessaires à l'obtention d'une autorisation d'entrer en France. Il se verra en revanche placé en zone d'attente le temps pour les autorités de vérifier qu'il ne s'agit pas d'une demande manifestement infondée ;
- ♦ lorsque déjà présent sur le territoire, il se rend en Préfecture.

réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut, ou en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ».

¹ Art. L 712-1 du CESEDA.

² Art. L.712-3 du CESEDA.

³ Art. L.511-4 du CESEDA.

⁴ La circulaire interministérielle du 14 avril 2005 précise que le formulaire OFPRA doit être remis à l'administrateur ad hoc ou au représentant légal du mineur étranger qui sollicite l'asile.

⁵ Le mineur n'est pas susceptible de se voir prononcer une mesure d'éloignement du territoire. Cependant, sauf s'il peut prétendre à un titre de long séjour en raison notamment de sa scolarisation en France, une telle mesure est susceptible d'être prononcée à son égard dès qu'il aura atteint la majorité.

Selon les données statistiques de France Terre d'Asile, en 2007, le nombre total de sollicitations d'asile, que ce soit à la frontière ou directement en Préfecture, aurait approximativement concerné 581 mineurs étrangers isolés¹.

En résumé, dans le cadre des mandats administratifs, l'administrateur ad hoc peut donc être amené à exercer deux mandats de représentation distincts :

- ♦ **sur le fondement de l'article L 221-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile dans le cadre des procédures relatives au maintien en zone d'attente et celles afférentes à l'entrée sur le territoire ;**
- ♦ **sur le fondement de l'article L 751-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile.**

Cependant, ces deux mandats peuvent se cumuler dans la situation où le mineur formule une demande d'asile à l'occasion de son placement en zone d'attente.

Mais qu'en est-il des mineurs déjà présents sur le territoire qui ne sollicitent pas l'asile ? La loi réformant la protection de l'enfance du 5 mars 2007 considère bien ces mineurs comme relevant de la protection de l'enfance en raison de l'absence de leurs représentants légaux sur le territoire français². Il pourra ainsi bénéficier d'une prise en charge par les services de l'ASE. Or cette situation est susceptible d'entraîner une confusion, en particulier lorsque le juge des enfants lui-même ou par le biais du juge des tutelles, entendrait désigner un administrateur ad hoc en vue d'accompagner le mineur dans ses démarches en attendant le prononcé d'une tutelle.

Dans cette perspective, l'intervention d'un administrateur ad hoc serait envisageable sur le fondement du Code civil. Or comme nous l'avons vu, le recours aux articles 389-3 ou 388-2 du Code civil se trouve être juridiquement inapproprié car il suppose l'existence ou la présomption d'un conflit d'intérêts entre le mineur et ses représentants légaux. En l'espèce, le mineur étranger n'est pas accompagné de son représentant légal et il n'existe donc pas d'opposition d'intérêts, sauf à présumer l'existence de cette opposition lorsqu'il y a vacance dans l'exercice de l'autorité parentale.

Il s'agirait donc d'une interprétation très extensive de la part du juge qui pouvait peut être servir de base à la désignation d'un administrateur ad hoc avant la réforme opérée par la loi de mars 2002, mais qui ne saurait être appropriée aujourd'hui. Il semblerait plutôt nécessaire d'envisager dans cette hypothèse une extension de sa désignation à tous les mineurs étrangers isolés.

II. Les personnes habilitées à procéder à la désignation de l'administrateur ad hoc

Hormis le domaine très particulier des mineurs étrangers isolés, plusieurs magistrats pour ne pas dire tous les magistrats peuvent désormais désigner un administrateur ad hoc au mineur, en matière pénale comme en matière civile, suite aux diverses réformes qui se sont succédé depuis 1989. Dès lors se pose la question de leur indépendance entre eux dans le processus de désignation.

¹ France Terre d'Asile, *Données statistiques mineurs étrangers isolés*, juin 2008

² Article 1 de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

A. Selon le Code civil

Les magistrats habilités par le Code civil à désigner l'administrateur ad hoc sont de deux sortes. L'un est bien spécifié, le juge des tutelles mais cette compétence traditionnelle risque, à court terme, d'être remise en cause¹. L'autre, le juge saisi de l'instance, est à déterminer. Mais les modalités pratiques varient selon la qualité du magistrat qui procède à la nomination.

a. Le juge des tutelles

Le juge des tutelles, juge d'instance, est habilité à désigner un administrateur ad hoc. La décision lui appartient personnellement. Il ne peut déléguer cette tâche à un conseil de famille même s'il a pris part au vote².

Jusqu'en 1993, la désignation se faisait exclusivement par voie de requête. La loi du 8 janvier 1993 a maintenu cette modalité de désignation d'administrateur ad hoc et en a institué une autre : la voie d'office.

1. La désignation sur requête

Ce mode de désignation ne concerne que le juge des tutelles. Quant aux personnes autorisées à solliciter la désignation d'un administrateur ad hoc auprès de ce magistrat, elles sont au nombre de trois : l'administrateur légal, le ministère public et le mineur lui-même.

Initialement, seul l'administrateur légal pouvait faire nommer un administrateur ad hoc, dès lors qu'il constatait que ses propres intérêts étaient opposés à ceux de son enfant mineur. Il devait se rendre compte lui-même de cette opposition d'intérêts et était seul juge de l'appréciation de la situation. Bien que l'administrateur légal fût obligé de faire nommer un administrateur ad hoc dans ce cas, aucune sanction n'était prévue s'il ne le faisait pas. Le juge des tutelles ne disposait d'aucun pouvoir en la matière, que ce soit de coercition ou palliatif, ce qui explique que cette disposition ait été rarement appliquée. En effet, « *peu de parents sont suffisamment lucides pour distinguer leurs intérêts de ceux de leurs enfants* » ou « *ont la générosité et l'oblativité nécessaires pour susciter l'apparition d'un concurrent menaçant leurs propres intérêts* »³.

¹ Afin de simplifier et clarifier le droit et alléger les procédures, plusieurs propositions en matière d'organisation judiciaire font actuellement débat au Parlement. L'une d'entre elles concerne la création d'un « *pôle famille* » par renforcement de la compétence du juge aux affaires familiales qui aura ainsi à connaître de la tutelle des mineurs. Il s'ensuivra un bouleversement considérable en matière de désignation d'administrateur ad hoc car le juge des tutelles va perdre cette compétence qui lui était dévolue depuis 1964. Ce transfert de compétence ne concernera que la tutelle des mineurs. La tutelle des majeurs restera de la compétence des tribunaux d'instance. Annoncée comme étant dans l'intérêt des familles, cette réforme répond-elle à l'intérêt du mineur ? Cette question est d'autant plus pertinente que la commission Guinchard précise que la tutelle des majeurs va rester de la compétence des tribunaux d'instance, « *pour des raisons évidentes de proximité des personnes à protéger* ».

² Un conseil de famille a désigné un administrateur ad hoc ad hoc sur le **fondement de l'article 389 C. civ. par voie de procès-verbal de vérification de votes par correspondance** TI Annecy, 16 avril 2007. Outre que l'art. 389 C. civ. est impropre à fonder la désignation d'un administrateur ad hoc, il appartient au juge des tutelles seul de le désigner par voie d'ordonnance.

Contre toute attente, le tribunal de grande instance, statuant sur le fond de l'affaire, n'a pas vérifié la régularité de la désignation de l'administrateur ad hoc et donc remis en cause son intervention.

³ C. Neirinck, *L'administrateur ad hoc dans les textes*, Toulouse, 20 nov. 1996, AGOP.

La loi du 8 janvier 1993 a étendu ce mode de saisine à d'autres personnes que l'administrateur légal. Dorénavant, le pouvoir de demander la désignation d'un administrateur ad hoc appartient également au ministère public et au mineur mais il s'agit d'une compétence subsidiaire, c'est-à-dire qu'il revient toujours à l'administrateur légal de demander en priorité cette désignation. C'est seulement s'il ne montre aucun empressement à en faire la demande, que ces autres personnes peuvent la demander. Le texte est clair « *A défaut de diligence de l'administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office* ».

Face à une requête tendant à la désignation d'un administrateur ad hoc, le juge des tutelles dispose-t-il d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la situation ? En d'autres termes, doit-il au préalable, vérifier l'existence réelle d'un conflit d'intérêts entre l'enfant mineur et son administrateur légal ?

L'article 389-3 du Code civil ne semble pas donner un tel pouvoir d'appréciation et donc de contrôle a posteriori au magistrat lorsque la demande émane d'un administrateur légal. La désignation semble impérative de par ces mots « *il doit faire nommer* ».

Par contre, la réponse doit être nuancée en cas de requête faite par une personne autre que l'administrateur légal. En effet, en raison de l'atteinte portée aux prérogatives parentales, la désignation d'un administrateur ad hoc doit rester exceptionnelle et intervenir seulement à bon escient¹. C'est ce que préconise le texte par ces mots « *le juge peut procéder à cette nomination* ». Le juge des tutelles doit donc rechercher cas par cas, si cette opposition d'intérêts existe réellement avant de désigner un administrateur ad hoc. Il retrouve là son pouvoir souverain d'appréciation.

Quant à l'article 388-2 du Code civil qui se satisfait d'une simple présomption d'opposition d'intérêts pour justifier la désignation d'un administrateur ad hoc et qui renvoie à l'article 389-3 du Code civil pour les modalités pratiques, il y a lieu de retenir la même interprétation.

Il convient de relativiser ce pouvoir conféré au mineur par le Code civil pour plusieurs raisons. Tout d'abord, cela n'est envisageable que pour les enfants qui ont un discernement suffisant et qui connaissent cette possibilité. Ensuite, le juge des tutelles reste maître de la réponse qu'il va faire à la requête du mineur. En cas de réponse négative, le mineur se heurtera à un problème de droit : son incapacité d'exercice. Bien que l'article 1215 du Code de procédure civile édicte que toutes les décisions du juge des tutelles peuvent être frappées de recours devant le tribunal de grande instance, sans administrateur ad hoc, il ne pourra prétendre exercer ce recours contre la décision du magistrat. Or, sa demande est justement de solliciter la désignation de ce représentant judiciaire qui lui confèrera du même coup cette capacité d'action. Donc, si la réponse est négative, ce refus s'impose au mineur sans qu'il puisse juridiquement la contester².

¹ C. Neirinck, JCP 1991.

² Cette position conforme au droit, n'a pas été retenue par le tribunal de grande instance de Basse-Terre, saisi d'une requête formée par un mineur tendant à voir annuler une ordonnance rendue par le juge des tutelles. Mais il s'agissait en l'espèce, non d'un refus de désignation mais d'un abus de désignation, la représentation d'une mineure de treize ans dans une procédure d'assistance éducative n'ayant pas lieu d'être. Toujours est-il que si cette mineure disposait d'une capacité d'exercice pour la procédure d'assistance éducative, elle ne l'avait pas devant le TGI (JDJ, n° 164, avril 1997, p. 52).

2. La désignation d'office

Désormais, le juge des tutelles peut également procéder à la nomination d'un administrateur ad hoc par voie d'office. L'expression « *d'office* » signifie que la désignation de l'administrateur ad hoc se fait automatiquement par voie d'autorité sans que cela ait été demandé par l'intéressé, c'est-à-dire le mineur, ou par un tiers, en l'occurrence l'administrateur légal ou le parquet. Mais automatisme ne veut pas dire systématique. Il équivaut ici à absence de requête.

Mais il s'agit là d'une compétence subsidiaire. En effet, la condition exigée pour le juge des tutelles est le défaut de diligence de l'administrateur légal.

Cette possibilité offerte au juge des tutelles suppose qu'il ait connaissance de l'existence ou d'une présomption d'opposition d'intérêts entre le mineur et son administrateur légal, voire ses représentants légaux. Cela ne pose aucune difficulté lorsque c'est ce magistrat qui a en charge le dossier. Il en va différemment lorsque c'est un autre magistrat, une autre juridiction qui a à connaître d'une procédure pour lequel existe un conflit d'intérêts.

b. Le juge saisi de l'instance

Le « *juge saisi de l'instance* » peut être tout magistrat à condition qu'il intervienne à un moment d'une procédure en cours. Il ne peut désigner un administrateur ad hoc que pour une affaire qu'il a à connaître et uniquement durant ce laps de temps. Son pouvoir est donc lié et limité à sa saisine.

L'expression « *juge saisi de l'instance* » désigne-t-elle seulement une juridiction à juge unique ou une juridiction collégiale ? L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, en date du 28 février 1996 a donné une portée maximale à l'article 388-2 du Code civil, s'agissant en l'espèce d'une procédure pénale et le « *juge saisi de l'instance* » était une cour d'assises, donc une juridiction collégiale¹.

Ainsi, les termes mêmes de l'article 388-2 du Code civil permettent de viser de manière large tous les magistrats qui sont saisis d'une affaire et au cours de laquelle, ils pressentent une opposition d'intérêts entre un mineur et ses représentants légaux.

Des désignations d'administrateur ad hoc sont faites par des juges des enfants dans le cadre d'une procédure en assistance éducative avec pour mission d'exercer l'action civile dans la procédure pénale ouverte en parallèle. Cette pratique n'est pas conforme au droit et l'intervention de ces administrateurs ad hoc devrait être déclarée irrecevable. Il peut seulement être présent lors des auditions et/ou confrontations dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction².

Seul le juge des tutelles peut désigner un administrateur ad hoc pour intervenir dans une procédure qu'il n'a pas à connaître.

Cela dit, dans une procédure civile, le **juge de la mise en état** peut-il désigner lui-même un administrateur ad hoc ? « *L'instance s'entend d'une période pendant laquelle les personnes concernées par le procès accomplissent les actes de procédure que celui-*

¹ Voir commentaire de cet arrêt par Christine Desnoyer, *Lorsque dans une procédure les intérêts d'un mineur paraissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles, ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter*, Recueil Dalloz 1997, p.280.

² Art. 706-53 CPP.

ci suppose»¹. Le procès civil comporte trois phases : l'introduction de l'instance, l'instruction et l'audience. Le juge de la mise en état intervient à la deuxième phase et durant celle-ci, il pourrait fort bien se considérer comme juge saisi de l'instance. Son rôle comme son nom l'indique, consiste à mettre l'affaire en état pour y être ensuite jugée. Il dispose pour cela d'un certain nombre de pouvoirs. Mais si ceux-ci sont fort étendus, ils ne sont pas pour autant illimités. Aucune disposition du Code de procédure civile² ne lui permet d'asseoir une telle compétence car ses pouvoirs concernent le déroulement de l'instance.

Par ailleurs, comme il revient aux parties de conduire l'instance³, il ne peut introduire une partie au litige. Il peut seulement « *inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige* »⁴.

Enfin, il se heurterait à un autre problème : quelle forme donner à l'acte de désignation d'administrateur ad hoc dans la mesure où, hormis certaines décisions bien spécifiés⁵ prises par ordonnances motivées, les mesures qu'il prend « *font l'objet d'une simple mention au dossier ; avis en est donné aux avocats* »⁶. C'est ainsi que dans un cas d'espèce, une personne a été avisée par un avocat qu'elle avait été désignée par un juge de la mise en état dans une procédure en contestation de reconnaissance. Elle a mené son mandat jusqu'à son terme sans qu'elle ait reçu de manière officielle le pouvoir de représenter la mineure.

Quand bien même on voudrait reconnaître au juge de la mise en état cette compétence, il s'avère que ses ordonnances ne peuvent être frappées d'appel. Or, le décret du 16 septembre 1999 a reconnu expressément aux représentants légaux le pouvoir de contester par la voie de l'appel, toute désignation d'administrateur ad hoc.

Pour toutes ces raisons, il semble difficile de considérer que le juge de la mise en état ait la compétence de désigner un administrateur ad hoc en tant que juge saisi de l'instance. En ce cas, il revient au juge des tutelles ou au juge aux affaires familiales⁷ de procéder à la désignation de l'administrateur ad hoc sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil.

Concernant les modalités de désignation, le juge saisi de l'instance n'a pas contrairement au juge des tutelles, d'autre choix que de désigner l'administrateur ad hoc d'office. En ce cas, il a comme le juge des tutelles, une compétence subsidiaire avec cette différence que c'est seulement lorsque ce magistrat n'a pas désigné de représentant judiciaire.

Ainsi, lorsque la désignation d'administrateur ad hoc émane du juge des tutelles, il le fait soit sur requête, soit d'office et lorsque la désignation émane du juge saisi de l'instance, ce ne peut être que d'office.

¹ G. Couchez : Procédure civile, Cours élémentaire – droit – économie, éd. Sirey.

² Art. 763 à 772 CPC.

³ Art. 2 CPC.

⁴ Art. 768-1 CPC.

⁵ Le juge de la mise en état statue par ordonnance motivée dans les cas suivants : exceptions de procédure, incidents mettant fin à l'instance, allouer une provision, ordonner des mesures provisoires, conservatoires ou d'instruction, dépens. Art. 769 à 772 CPC.

⁶ Le juge de la mise en état statue par ordonnance motivée pour les incidents de procédure. Art. 773 CPC.

⁷ Mais cette désignation serait tardive car survenant au moment où l'affaire est jugée sur le fond.

B. Selon le Code de procédure pénale

Initialement, seuls le juge d'instruction et la juridiction de jugement étaient habilités à désigner l'administrateur ad hoc. Désormais, l'article 706-50 du Code de procédure pénale a étendu au procureur de la République cette compétence. C'est donc tout le processus pénal qui est couvert. Ce pouvoir est limité dans le temps par leur saisine et leur dessaisissement respectif.

a. Le procureur de la République

La loi du 18 juin 1998 a confié la compétence de désigner un administrateur ad hoc au procureur de la République, dans les mêmes conditions que le juge d'instruction ou la juridiction de jugement. Ce n'est pas la première fois qu'un magistrat du Parquet intervient dans le processus de désignation de l'administrateur ad hoc, mais ce qui est nouveau, ce n'est plus seulement en matière civile et en qualité de demandeur. L'innovation est importante. Alors que d'après les textes civilistes, il peut seulement solliciter auprès du juge des tutelles la désignation d'un représentant judiciaire, il peut désormais le désigner lui-même dans le cadre d'une procédure pénale.

Le procureur de la République est un magistrat membre du parquet. Placé à la tête du ministère public près le tribunal de grande instance, il est assisté d'un ou plusieurs procureur de la République adjoints, d'un ou plusieurs substituts et éventuellement de premiers substituts. Il assure la direction du parquet. Au nom de l'indivisibilité du ministère public qui permet à chacun de ses membres de le représenter dans son ensemble et donc la réalisation des différents actes de la procédure par plusieurs d'entre eux, peut-on attribuer la compétence de désigner l'administrateur ad hoc à chacun de ses membres ? En d'autres termes, un substitut peut-il désigner un administrateur ad hoc ?

Ce caractère particulier de fonctionnement du ministère public permet de retenir cette interprétation, appuyée en ce sens par l'article 39 du Code de procédure pénale où il est écrit que « *Le procureur de la République représente en personne ou par ses substituts le ministère public* »

Mais au nom d'un autre caractère, la subordination hiérarchique, qui permet au procureur de la République d'interjeter appel d'un jugement rendu conformément aux réquisitions d'un substitut, peut-il contester la décision prise par un de ses substituts de désigner un administrateur ad hoc ?

Dès qu'il a connaissance de faits de maltraitance, le procureur de la République peut désigner un représentant judiciaire à l'enfant victime durant toute la phase préliminaire, jusqu'à la saisine du juge d'instruction ou jusqu'à l'audience correctionnelle.

Cette compétence soulève de nombreuses questions.

Quelle forme donner à sa décision : ordonnance à l'instar des ordonnances de placement provisoire, réquisitions ? Les décisions recensées montrent une hétérogénéité en la matière.

En cas d'appel des représentants légaux, quelle juridiction du second degré sera compétente entre la chambre d'instruction et la chambre des appels correctionnels ?

Bien que cette compétence lui ait été octroyée par la loi du 17 juin 1998 afin que toute victime mineure, ne soit plus seule dès le signalement, les procureurs de la République se montrent dans l'ensemble très réticents pour désigner ce représentant judiciaire. Peut-être parce que ce magistrat qui intervient souvent dans l'urgence de la révélation et de l'enquête pénale, comment peut-il dans ce temps de l'urgence, évaluer l'intérêt à désigner sur le champ un administrateur ad hoc¹ ?

b. Le juge d'instruction

Le juge d'instruction est un magistrat du siège du tribunal de grande instance. Lorsqu'il instruit une affaire dans laquelle un mineur est victime, le juge d'instruction comme le procureur de la République lui désigne un administrateur ad hoc si la protection de ses intérêts n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux. Il le peut à tout moment de l'instruction et tant que dure celle-ci. Il s'agit comme pour le procureur de la République, d'un acte juridictionnel.

Suite à la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, il est prévu au 1^{er} janvier 2010, pour chaque information, que le président du tribunal de grande instance désigne un collège de l'instruction qui sera composé de trois juges d'instruction. Ce collège se verra reconnaître une compétence exclusive pour toutes décisions de mise en examen, d'octroi de statut de témoin assisté, de placement sous contrôle judiciaire, de saisine du juge des libertés et de la détention (JLD), de mise en liberté d'office, de délivrance des avis de fin d'information et de décision de non-lieu ou de renvoi.

Par contre, ce collège n'aura qu'une compétence facultative pour l'ensemble des autres actes puisqu'il pourra déléguer ces actes à l'un des juges d'instruction le composant. La désignation d'administrateur ad hoc rentre sans conteste dans cette catégorie.

Dès lors, deux scénarios sont à envisager :

- ◆ soit la désignation émanera de la formation collégiale ;
- ◆ soit elle sera le fait d'un seul juge qui aura reçu compétence de le faire par ses homologues.

Dans la première situation, exigera-t-on un consensus ou seulement la majorité ? Dans le deuxième cas, la délégation vaudra-t-elle pour toute désignation d'administrateur ad hoc ou seulement pour chaque cas d'espèce ?

Mais cette réforme ne verra peut-être pas le jour si le juge d'instruction disparaît du paysage judiciaire.

c. La juridiction de jugement

Le fait que cet article ait été inséré dans le Code de procédure pénale par une loi relative à la maltraitance des mineurs, donc à connotation pénale, les juridictions pénales de jugement sont sans aucun doute compétentes pour procéder à la désignation d'un administrateur ad hoc. Reste à déterminer précisément lesquelles ?

Le tribunal de police est une formation du tribunal d'instance compétente en matière de contravention, catégorie d'infractions parmi les moins graves. Elles se distinguent en cinq classes, allant de la moins grave à la plus importante. Nombre de contraventions contre les personnes n'entrent pas dans le champ d'application de

¹ B. Azéma, précité.

l'article 706-50 du Code de procédure pénale car elles ne concernent pas l'intégrité physique de l'enfant et l'élément intentionnel est absent. Il s'ensuit que le tribunal de police ne peut désigner un administrateur ad hoc sur le fondement de l'article 706-50 du Code de procédure pénale que pour les violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours¹. Quant au juge de proximité qui a à connaître des contraventions des quatre premières classes, il n'a aucune compétence en la matière. Cependant, l'un et l'autre retrouvent ce pouvoir sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil.

Depuis que le décret du 16 septembre 1999 a institué la voie de l'appel pour les représentants légaux, exclusivement devant la chambre de l'instruction et devant la chambre des appels correctionnels, il s'ensuit qu'une seule juridiction pénale, en l'occurrence le tribunal correctionnel serait habilitée à désigner l'administrateur ad hoc. La formulation de l'article R 53-7 du Code de procédure pénale évincerait également les juridictions spécialisées comme le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs.

Mais peut-on avoir une conception aussi restrictive de ce texte quand le recours est prévu également pour les désignations émanant du procureur de la République alors qu'aucune de ces deux chambres n'est compétente en la matière, d'un point de vue procédural ?

Certains parquets, juges d'instruction et tribunaux correctionnels ne désignent jamais d'administrateur ad hoc. Il revient donc aux juges des tutelles de pourvoir à la représentation du mineur mais ils n'ont aucune obligation à le faire.

C. Selon le Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui a modifié l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ainsi que la loi du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, a institué la désignation d'un administrateur ad hoc pour les mineurs étrangers isolés dans deux situations.

Désormais, « *lorsqu'un étranger mineur non accompagné d'un représentant légal n'est pas autorisé à entrer en France, le procureur de la République (...) lui désigne sans délai un administrateur ad hoc* » sur le fondement de l'article L. 221-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile².

De même, lorsqu'une « *demande d'asile est formée par un mineur sans représentant légal sur le territoire français, le procureur de la République (...) lui désigne un administrateur ad hoc* » sur le fondement de l'article L. 751-1 de ce même code.

Dans les deux situations, la désignation d'administrateur ad hoc revient exclusivement au procureur de la République. Il doit même y procéder dès qu'il en a été avisé par l'autorité administrative avec cette particularité que dans la première situation, le magistrat doit le faire « *sans délai* ». On ne retrouve cependant pas cette exigence pour la demande d'asile mais la circulaire interministérielle de 2005 précise

¹ Art. R. 625-1 CP.

² Texte modifié par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration (JO du 25).

que dans le cas d'une reconnaissance du statut de réfugié, la désignation de l'administrateur ad hoc doit intervenir dans les « *meilleurs délais* »¹.

Cette compétence exclusive du procureur de la République est cependant remise en cause, notamment par une décision en date du 2 avril 2004, soit postérieure au décret d'application de 2003, où le juge des tutelles a désigné un administrateur ad hoc pour représenter un jeune d'origine nigériane devant la Commission de Recours des Réfugiés.

Si l'on se réfère au Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile, ce magistrat ne dispose pas du pouvoir de désignation d'un administrateur ad hoc. Il s'est donc fondé sur l'article 388-2 du Code civil pour légitimer son intervention qui suppose en pratique l'existence d'une procédure en cours et la présomption d'une opposition d'intérêts entre le jeune et ses représentants légaux, entraînant ainsi un conflit de compétences entre les magistrats.

Si l'on poursuit cette hypothèse, le mineur disposerait de la possibilité de saisir lui-même le juge des tutelles afin de se voir désigner un administrateur ad hoc puisque la loi du 8 janvier 1993 le lui autorise. En pratique, il pourrait recourir au juge civil afin de passer outre le refus ou l'inaction du procureur de la République, et ainsi bénéficier d'une compétence subsidiaire en matière de désignation d'un administrateur ad hoc. Cette hypothèse poussée à l'extrême est cependant à relativiser car comme nous le savons, le pouvoir confié au mineur par le code civil est limité. D'une part, il doit disposer d'un discernement suffisant et connaître cette possibilité de saisine ; d'autre part, le juge des tutelles dispose d'un pouvoir souverain en la matière. Mais il n'empêche que cette situation révèle dans les faits une véritable confusion et une compétence concurrente des magistrats non prévue par les textes en matière de mandats administratifs.

D. L'indépendance des magistrats à désigner l'administrateur ad hoc

L'indépendance des magistrats dans le processus de désignation d'administrateur ad hoc se caractérise par l'évaluation que fera chaque magistrat de chacun des cas d'espèce qu'il aura à traiter mais cette indépendance a toutefois des limites.

De manière générale, plusieurs magistrats se succèdent au cours d'une procédure, qu'elle soit pénale ou civile. La question est de savoir si en cas de non désignation d'administrateur ad hoc à l'une des phases du procès, le juge saisi de la phase suivante peut en désigner un, voire un autre magistrat peut-il le faire ? En d'autres termes, est-il lié par la position du magistrat qui l'a précédé dans le procès ou qui n'est pas concerné par la procédure ?

Il ressort du libellé de l'article 706-50 du Code de procédure pénale que le législateur a donné pouvoir concurrent au procureur de la République, au juge d'instruction et à la juridiction de jugement pour désigner l'administrateur ad hoc. En effet, la conjonction de coordination « *ou* » qui sépare les deux premiers magistrats marque à la fois l'idée d'alternative et d'équivalence. Cela signifie que la désignation peut être effectuée par l'un ou l'autre indifféremment et qu'ils sont sur un pied d'égalité en ce domaine. Aucun n'a prééminence sur l'autre.

Quant à la juridiction de jugement, il semblerait qu'aux termes du dernier alinéa qui renvoie aux dispositions précédentes, qu'elle dispose du même pouvoir discrétionnaire

¹ Circulaire n°CIV/01/05 relative aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad hoc institués par l'article 17 de la loi n°2002-350 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

que le procureur de la République ou le juge d'instruction. Le législateur n'a pas prévu, comme dans le Code civil, qu'à défaut, il doit lui en désigner un¹.

Le même critère décisionnel s'applique à chacun d'eux. La différence réside dans son évaluation. Chaque magistrat se forgera sa propre opinion. Dès lors, la juridiction de jugement peut en toute liberté estimer qu'il y a lieu ou non à désignation d'un administrateur ad hoc quand bien même les magistrats qui l'ont précédé n'ont pas jugé utile de le faire. Cette liberté doit également lui être reconnue lorsque l'enfant représenté à un moment de la procédure ne l'est plus le jour de l'audience pour des raisons venant de l'administrateur ad hoc (démission, décès, radiation). Par ailleurs, la chambre d'instruction ou la chambre des appels correctionnels peut ne pas suivre le magistrat instructeur ou le tribunal correctionnel sur ce point et réformer l'ordonnance ou le jugement désignant l'administrateur ad hoc, estimant quant à elle, que les intérêts de la victime mineure sont complètement protégés par les représentants légaux.

Cela étant, le juge d'instruction et la juridiction de jugement ne sont pas liés par la position prise par la chambre d'instruction et la chambre des appels correctionnels. Ils conservent la faculté de désigner à nouveau, en tant que de besoin, un administrateur ad hoc chargé de représenter la victime², ce qui signifie un suivi dans l'évaluation de la situation.

Il ressort de l'article 388-2 du Code civil que deux magistrats de deux juridictions différentes - tribunal d'instance et tribunal de grande instance -, sont habilités à désigner un administrateur ad hoc. Mais à la lecture du texte, il semblerait que la situation soit différente ici par rapport aux juges pénaux. En effet, par la conjonction des termes « *à défaut* » et de l'indicatif présent « *désigne* », le juge saisi de l'instance ne paraît pas disposer de la même liberté que le juge des tutelles. Il s'agirait d'une simple possibilité pour ce dernier magistrat et d'une obligation pour le juge saisi de l'instance. Selon cette interprétation, si le premier ne désigne pas d'administrateur ad hoc, le second a par contre le devoir de le faire. Mais cela suppose au préalable qu'ils aient fait la même évaluation de la situation, à savoir qu'ils aient constatés que les intérêts du mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux. Or, l'existence d'une opposition d'intérêts est une question de fait relevant du pouvoir souverain d'appréciation du juge des tutelles ou de tout magistrat saisi de l'instance.

Une autre question a été tranchée par la Cour de cassation à savoir, le juge saisi de l'instance dispose-t-il d'une compétence subsidiaire par rapport au juge des tutelles ? En d'autres termes, le premier doit-il constater l'impossibilité de saisir le second ? Dans ce cas d'espèce où une cour d'assises a désigné un administrateur ad hoc, la Cour de cassation a estimé si l'on se réfère à sa motivation : « *dès lors que le juge des tutelles n'en a pas été saisi préalablement au début de l'instance, la juridiction de jugement peut d'office procéder à cette désignation* »³, que le pouvoir conféré au juge saisi de l'instance est indépendant de toute saisine du juge des tutelles.

En matière administrative, comme nous l'avons vu, le procureur de la République est seul compétent quant à la désignation d'un administrateur ad hoc sur le fondement du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile. Cependant,

¹ Art. 388-2 C. civ.

² Cass. crim. 4 décembre 1996.

³ Cass. crim. 28 février 1996.

l'exclusivité de cette prérogative a été remise en cause par une décision du 2 avril 2004 par un juge des tutelles qui s'est appuyé sur l'article 388-2 du Code civil pour fonder sa compétence en la matière. En opérant une interprétation extensive de ce texte, le juge ouvre donc la possibilité de désignation d'un représentant à d'autres magistrats.

Ainsi, devant l'inaction ou le refus du procureur de la République à l'occasion de sa demande d'asile ou lors de son entrée en zone d'attente, le juge des tutelles pourrait se saisir d'office ou être saisi par le mineur lui-même afin de se voir désigner un administrateur ad hoc. De même, le juge des enfants, saisi avant l'intervention du juge des tutelles par l'enfant lui-même, à l'occasion de la reconnaissance d'une situation de danger, pourrait désigner un administrateur ad hoc afin d'accompagner le jeune dans ses démarches, en attendant le prononcé d'une tutelle.

Cependant, ce conflit de compétences des magistrats n'est théoriquement envisageable que suite à l'interprétation très extensive opérée par le juge civil pour fonder sa compétence dans le cadre des mandats administratifs. Il supposerait, comme nous l'avons déjà envisagé, que la présomption d'une opposition d'intérêts découle de l'absence du représentant légal auprès du mineur sur le territoire.

Quant à l'hypothèse de la désignation d'un administrateur ad hoc opérée par le juge des enfants, elle est à relativiser puisque seul le juge des tutelles peut désigner un administrateur ad hoc pour intervenir dans une procédure qu'il n'a pas à connaître sur le fondement de l'article 388-2 du code civil. Or, l'on ne saurait ignorer que des désignations sont faites par le juge des enfants dans le cadre d'une procédure en assistance éducative avec comme mission donnée d'exercer l'action civile dans la procédure pénale ouverte en parallèle. Par extension, de telles désignations pourraient-elles être envisagées dans le cadre d'une procédure d'entrée sur le territoire et/ou de demande d'asile ? Il semblerait que la pratique le démente.

Exceptés pour les mandats administratifs, il apparaît donc que tous les magistrats visés par les textes civils et pénaux, jouissent d'une entière indépendance entre eux pour évaluer une même situation, débouchant sur une éventuelle désignation d'administrateur ad hoc. Mais cette indépendance des magistrats entre eux à désigner ce représentant judiciaire présente des limites.

En effet, la décision prise par un magistrat s'impose aux autres magistrats qui vont se succéder au cours de la procédure. Par exemple, la désignation d'un administrateur ad hoc par le procureur de la République s'impose au juge d'instruction¹ et à la juridiction de jugement. De même, la désignation d'un administrateur ad hoc par une juridiction du premier degré s'impose à la juridiction d'appel ainsi qu'une désignation faite par le juge des tutelles pour intervenir dans une procédure pénale.

Aucune possibilité de révocation n'est possible, aucun texte ne le permettant expressément². La seule voie possible est éventuellement celle de l'appel. Tous n'ont pas ce droit. Le procureur de la République pourrait faire appel d'une ordonnance de désignation d'administrateur ad hoc rendue par le juge d'instruction mais l'inverse n'est pas possible.

Quant au cas particulier du juge des tutelles, face à une demande de désignation d'administrateur ad hoc émanant du ministère public, il détient un pouvoir

¹ De même, en cas de changement de juge d'instruction en cours de procédure, la désignation faite par son prédécesseur s'impose au nouveau magistrat.

² Le décret du 16 septembre 1999 a prévu seulement la radiation de la liste (art. R. 53-5 CPP).

discrétionnaire d'appréciation, que lui confère expressément l'article 389-3 du Code civil par le terme « *peut* ».

Par ailleurs, il est le seul magistrat à pouvoir permettre à un mineur d'engager une procédure. La juridiction de jugement est-elle liée par la décision du juge des tutelles ou peut-elle remettre en cause l'intervention du mineur par voie d'administrateur ad hoc, dans une procédure déterminée ? Si c'est le bien-fondé de la désignation qui est contesté, seuls les représentants légaux peuvent agir par la voie de l'appel dans un certain délai¹. En l'état actuel des textes, les juges du fond ne peuvent remettre en cause une désignation d'administrateur ad hoc au motif que selon eux, les intérêts du mineur ne sont pas opposés à ceux de ses représentants légaux. Par contre, ils le peuvent si la désignation est mal fondée en droit² ou si son intervention n'a pas lieu d'être au regard du droit³.

Les magistrats ne peuvent non plus par administrateur ad hoc interposé, remettre en cause un acte valablement exercé par l'administrateur légal tel qu'une option successorale. Il résulte de l'article 783 du Code civil que celui qui a accepté une succession, fût-ce sous bénéfice d'inventaire, ne peut plus par la suite, renoncer à l'hérédité. Ainsi, lorsqu'une mère, prise en sa qualité d'administratrice légale sous contrôle judiciaire de son fils, accepte sous bénéfice d'inventaire, la succession du père de l'enfant, le juge des tutelles viole cette règle de droit lorsqu'il nomme un administrateur ad hoc avec mission de représenter ledit mineur dans la succession de son père et d'y renoncer⁴.

III. Les personnes pouvant être désignées administrateur ad hoc

Les deux réformes de juillet 1989 et janvier 1993 n'ont donné aucune précision quant au profil de l'administrateur ad hoc. Les magistrats disposaient donc d'une grande liberté pour choisir ce représentant. La loi du 17 juin 1998 a posé les premières bornes en matière pénale. C'est le décret du 16 septembre 1999⁵ et celui du 2 septembre 2003⁶ qui en ont fixé définitivement les règles aussi bien en matière pénale, civile et administrative. Désormais, le législateur a prévu un profil différent, selon la nature de la procédure et le texte servant de fondement à la désignation de l'administrateur ad hoc. En matière pénale et pour les mineurs étrangers, une inscription sur une liste propre à chacun des mandats est obligatoire. Ainsi, chaque cour d'appel doit établir deux listes distinctes.

Toutefois, les personnes inscrites pour exercer des mandats pénaux peuvent être désignées pour exercer, soit des mandats civils, soit des mandats administratifs.

A. Le profil des administrateurs ad hoc

Le choix de l'administrateur ad hoc dépend du texte qui sert de fondement à sa désignation. En pratique, l'administrateur ad hoc présente de multiples facettes. Le choix va bien au-delà des règles établies en la matière.

¹ En l'espèce, 15 jours. Le point de départ du délai d'appel est la notification de la désignation.

² Pour défaut de base légale ou texte abrogé par exemple.

³ Pour un mineur auteur ou une victime majeure par exemple.

⁴ 1^{re} civ. 16 avril 1991.

⁵ Décret n° 99-818 du 16 septembre 1999 modifiant le Code de procédure pénale et le nouveau Code de procédure civile et relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad hoc.

⁶ Décret n° 2003-841 du 2 septembre 2003 relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad hoc institués par l'article 17 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.

a. L'administrateur ad hoc selon les textes

Selon l'article 706-51 du Code de procédure pénale, institué par la loi du 17 juin 1998, complété par le décret du 16 septembre 1999, l'administrateur ad hoc peut être choisi, soit parmi les proches de l'enfant, soit sur une liste de personnalités dûment agréées par la cour d'appel compétente pour exercer des mandats pénaux¹. En cas d'inexistence d'une telle liste, le choix pourra se porter sur une personne physique ou morale remplissant les mêmes conditions que celles exigées pour obtenir l'agrément. Ainsi, lorsqu'un mineur est victime de faits commis volontairement sur sa personne, les juges pénaux bénéficient d'un pouvoir discrétionnaire pour choisir son représentant entre ces deux catégories : un proche de l'enfant ou un tiers.

Quel contour donner à « *proche de l'enfant* », termes pour le moins vagues mais qui permet un large éventail (membre de la famille, parent n'exerçant pas l'autorité parentale, tiers digne de confiance, parrain-marraine, enseignant ... ?

Dès lors que l'administrateur ad hoc n'est pas choisi parmi les proches de l'enfant, il doit l'être parmi les personnalités figurant sur la liste. Or en pratique, des associations, des avocats, des conseils généraux, des Bâtonniers, qui n'ont pas sollicité leur agrément sont malgré tout désignés par les juges pénaux et ce, même si une liste existe.

Il en va autrement pour les mandats civils pour lesquels l'administrateur ad hoc sera prioritairement choisi au sein de la famille ou parmi les proches de l'enfant. Si ce n'est pas possible et si l'intérêt de l'enfant le requiert, l'administrateur ad hoc sera choisi parmi la liste établie en matière pénale².

Ainsi, depuis le décret du 16 septembre 1999, le recours à des administrateurs ad hoc agréés par les cours d'appel et indemnisés par l'Etat doit être exceptionnel en matière civile. Le recours à des administrateurs ad hoc agréés devrait donc être résiduel. Or, dans certaines juridictions, les juges civils continuent à les solliciter en priorité.

Mais lorsque l'administrateur ad hoc est désigné sur le fondement des articles 388-2 et 389-3 du Code civil pour intervenir dans une procédure pénale, le magistrat ne semble plus disposer de cette liberté pour désigner soit un proche de l'enfant, soit une personne figurant sur la liste prévue à l'article R 53 du Code de procédure pénale. Il doit conformément à l'article 1210-1 du Code de procédure civile, le choisir prioritairement au sein de la famille ou parmi les proches de l'enfant. Si cela s'avère contraire aux intérêts de l'enfant, le magistrat « *peut* » le désigner parmi les personnes figurant sur la liste prévue à l'article R 53 du Code de procédure pénale. La Cour de cassation dans un arrêt en date du 25 octobre 2005 a précisé qu'il ne s'agit là que d'une simple faculté. En l'espèce, le juge des tutelles pouvait valablement désigner en qualité d'administrateur ad hoc, le Bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau d'Amiens³.

Quant au mineur étranger isolé, l'administrateur ad hoc sera choisi en priorité sur la liste établie par chaque cour d'appel à cet effet. En effet, le décret du 2 septembre 2003 relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad

¹ Art. R 53 CPP.

² Art. 1210-1 CPC.

³ Cass. 1^{ère} civ. 25 octobre 2005. Commentaire Maryline Bruggeman, *Administrateur ad hoc du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation !* Droit de la famille n° 6, juin 2006, Etude 28.

hoc institués par la loi du 4 mars 2002, prévoit l'établissement d'une liste spécifique, distincte de celle des mandats pénaux. A défaut de liste, le procureur de la République le choisit dans la liste prévue en matière pénale.

L'administrateur ad hoc pouvant être amené à exercer trois mandats administratifs distincts relatifs à l'entrée sur le territoire, au maintien en zone d'attente ainsi qu'à une demande d'asile formulée par un mineur étranger isolé, la circulaire de 2005 précise qu'il serait opportun, lorsque cela est possible, de désigner la même personne pour exercer ces missions afin de ne pas multiplier les intervenants auprès du mineur.

Lorsqu'il s'agit d'un proche de l'enfant ou d'un membre de la famille, aucune condition particulière n'est requise mais implicitement, on peut estimer que la notion de conflit d'intérêts doit être prise en considération, notamment en cas de maltraitance intrafamiliale. Par contre, lorsqu'il s'agit de tiers à la famille, des exigences sont requises pour être agréé en qualité d'administrateur ad hoc. Les textes prévoient l'existence de deux listes différentes pour les mineurs victimes et pour les mineurs étrangers.

b. Les administrateurs ad hoc agréés

Les décrets du 16 septembre 1999 et du 2 septembre 2003¹ précisent que les personnes susceptibles de figurer sur ces listes peuvent être soit des personnes physiques, soit des personnes morales. Ainsi, toute personne physique ou morale peut exercer des mandats en qualité d'administrateur ad hoc, après avoir obtenu son agrément par la cour d'appel compétente.

1. Les conditions exigées pour être administrateur ad hoc

Bien qu'en matière administrative, le décret du 2 septembre 2003 ait prévu une liste spécifique pour les mineurs étrangers de celle qui existe pour les mandats pénaux, les conditions exigées sont identiques.

Pour une **personne physique**, cinq conditions cumulatives pour obtenir l'agrément :

- ◆ être âgée au minimum de 30 ans et au maximum de 70 ans ;
- ◆ s'être signalée depuis un temps suffisant pour son intérêt pour les questions de l'enfance et par sa compétence ;
- ◆ résider dans le ressort de la cour d'appel ;
- ◆ ne pas avoir été condamnée à une sanction pénale, disciplinaire ou administrative pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ;
- ◆ ne pas avoir été frappée de faillite personnelle².

La procédure actuelle ne prévoit aucune exigence en terme de formation et de diplôme, ni aucun cas d'incompatibilité. Il n'est pas davantage prévu de "*spécialités*" sur ces listes, distinguant ceux ayant plus de compétence pour l'accompagnement des mineurs victimes de ceux qui exigent des connaissances en droit des étrangers.

¹ Décret n° 2003-841 du 2 septembre 2003 relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad hoc institués par l'article 17 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

² Loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises. Les mesures collectives concernent à présent en plus des commerçants, les associations, les professions libérales... Un consultant failli pourrait se reconvertir en administrateur ad hoc.

Pour une **personne morale** :

- ♦ les dirigeants ne doivent pas avoir été condamnés à une sanction pénale, disciplinaire ou administrative pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs, ni avoir été de frappé de faillite personnelle ;
- ♦ chacune des personnes physiques susceptibles d'exercer pour le compte de la personne morale doit répondre aux exigences prévues pour les personnes physiques.

Il s'agit donc d'un double agrément : celui de la structure et celui de chaque personne physique qui va exercer au nom de celle-ci. Un procureur de la République qui a refusé de donner l'agrément à un conseil général qui n'avait pas transmis de liste de personnes physiques agissant pour son compte, a fait une juste application des textes.

2. L'établissement des listes

Dans l'ensemble, les procédures sont identiques. Toute demande d'inscription sur une liste en qualité d'administrateur ad hoc doit être adressée au procureur de la République près le tribunal de grande instance où la personne a sa résidence.

Ce magistrat instruit la demande. Il doit recueillir l'avis :

- ♦ du juge d'instruction, du juge des tutelles et le cas échéant, du juge des enfants pour l'exercice de mandats pénaux ;
- ♦ du juge des tutelles, du juge des enfants, du juge des libertés et de la détention, du président du conseil général et du directeur régional de la protection judiciaire de la jeunesse pour l'exercice de mandats administratifs.

Le dossier est ensuite soumis pour avis à l'assemblée générale du tribunal de grande instance, puis adressé au procureur général qui le soumettra pour examen à l'assemblée générale de la cour d'appel et qui en dressera les listes.

Ces listes sont tenues à la disposition du public dans les locaux du secrétariat-greffe de la cour d'appel et des tribunaux de grande instance. Elles peuvent également être affichées dans ces locaux.

Tous les quatre ans, les administrateurs ad hoc doivent renouveler leur demande d'inscription qui devra être inscrite dans les mêmes conditions. Mais cette fois-ci, ils devront justifier des obligations résultant des missions qui leur ont été confiées précédemment, à savoir transmettre les rapports de fin de mission aux magistrats qui les ont désignés, dans un délai, soit de trois mois après l'achèvement de leur mandat pénal, soit d'un mois s'il s'agit d'un mandat administratif.

Ces listes peuvent, en tant que de besoin, faire l'objet de mises à jour annuelles¹.

B. Analyse de la pratique²

Les décrets ont prévu plusieurs conditions cumulatives pour être administrateur ad hoc : âge, lieu, motivation, non condamnation.

¹ Les personnes morales rencontrent des difficultés pour la mise en œuvre de ces mises à jour dites « *annuelles* ». Soit, elles n'arrivent pas à inscrire de nouvelles candidatures (absence de réponse), soit on leur refuse le pouvoir de radier une personne physique de leur liste. Il est exigé une demande de radiation écrite de celle-ci. N'y a-t-il pas là confusion entre les administrateurs ad hoc personnes physiques et les administrateurs ad hoc personnes morales ?

² G. Favre-Lanfray, *Les multiples facettes de l'administrateur ad hoc*. Dossier thématique de l'ONED 2008-1 Les administrateurs ad hoc.

Dès lors que toutes ces conditions sont réunies, toute personne peut être habilitée pour exercer des mandats judiciaires que ce soit à titre personnel ou au sein d'une structure.

Or, des administrateurs ad hoc n'ont pas eu leur agrément : pour une personne physique, il a été exigé qu'elle exerce au sein d'une personne morale ; pour une autre, il a été exigé l'inverse, qu'elle exerce en tant que personne physique ce qui est contraire aux textes.

Le choix entre une personne physique et une personne morale présente des avantages et des inconvénients.

Opter pour la **personne physique**, c'est s'assurer d'avoir un interlocuteur unique tant pour les magistrats que pour l'enfant mais en cas de décès de ce représentant, l'enfant ne peut plus exercer ses droits. Un autre administrateur ad hoc devra lui être désigné et il n'y a aucune certitude en la matière. Un autre inconvénient majeur est l'absence de lieu pour rencontrer l'enfant qui se fait souvent, soit dans un café, soit au domicile de l'enfant, exceptionnellement dans un local mis à la disposition par une institution (école, mairie, conseil général...).

Opter pour une **personne morale**, c'est s'assurer de la pérennité de la fonction et d'une infrastructure (moyens matériels, humains et financiers).

Il est préconisé dans le rapport VIOUT que l'administrateur ad hoc fasse partie prioritairement d'un organisme ou d'une association lui permettant de bénéficier de conseils utiles et de formation.

En pratique, on peut noter une diversité :

- ♦ cela peut aller d'un simple appel téléphonique jusqu'à une procédure d'investigation très complète ;
- ♦ de temps à instruire ces demandes : de quelques mois à plusieurs années, voire ne jamais être instruites ;
- ♦ de profil des administrateurs ad hoc : outre les personnes physiques de formations diverses (gérants de tutelle, assesseurs, psychologues, avocats....) on trouve des personnes morales de droit privé (UDAF, Sauvegarde, associations d'aide aux victimes, associations diverses comme Chrysallis, JCLT, Enfance et Partage, France Terre d'asile, Croix rouge) et des personnes morales de droit public (conseils généraux).

Ainsi, certains administrateurs ad hoc exercent cette fonction de façon indépendante ou au sein d'une structure, soit comme bénévoles, soit comme salariés. Certaines personnes physiques cumulent l'exercice de ces mandats judiciaires avec d'autres missions ou fonctions, dans le cadre d'une activité professionnelle indépendante¹.

- ♦ de forme des listes établies : soit elle distingue ou non les personnes physiques des personnes morales, soit elle distingue ou non les tribunaux de grande instance concernés ;
- ♦ transparence de ces listes : certains administrateur ad hoc n'ont pu être destinataires de cette liste, dite « *confidentielle* ».

Dans certaines cours d'appel, il n'y a toujours pas de liste.

Le décret n'a pas prévu de délai d'instruction, ni que tout refus soit notifié au candidat. Or, en cas de refus, il est important que le candidat en connaisse les raisons

¹ Avocat, gérant de tutelle, assesseur tribunal pour enfants, psychologue expert....

et qu'il puisse éventuellement exercer un recours. Seule la radiation de la liste – volontaire ou forcée - a été prévue par le décret.

Certaines personnes, tierces à la famille, sont désignées pour exercer des mandats en qualité d'administrateur ad hoc alors qu'elles ne figurent pas sur la liste tandis que d'autres ne sont jamais désignées bien qu'elles aient été agréées par les cours d'appel. Outre que ces pratiques dérogent aux règles établies, il y a une incidence financière, à savoir l'impossibilité de percevoir l'indemnité forfaitaire au titre des frais de justice.

Concernant plus spécifiquement les **mineurs étrangers isolés**, les conditions exigées sont les même pour exercer un mandat, qu'il soit administratif ou pénal. Dès lors, toute personne inscrite sur la liste établie conformément à l'article R.53 du Code de procédure pénale, peut postuler pour figurer sur la liste mentionnée par le décret du 2 septembre 2003.

Or, en raison de la technicité et la complexité de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers et des demandeurs d'asile, l'administrateur ad hoc doit avoir bénéficié d'une bonne compétence juridique en la matière ainsi qu'une bonne appréhension de la psychologie des mineurs¹, ce qui est rarement le cas. Cette remarque a par ailleurs été soulignée par le Commissaire aux droits de l'homme à l'occasion de sa visite en septembre 2005, ainsi que par divers rapports².

La législation applicable au mineur étranger isolé est tiraillée entre protection de l'enfance et maîtrise des flux migratoires. Son défaut de statut juridique véritable rend délicate l'exercice de sa représentation. Susceptible d'être refoulé vers un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou celui par lequel le jeune a transité, le défaut de maîtrise de la législation applicable peut avoir de graves conséquences sur lui. Ainsi en pratique, il y a peu de contestations des décisions prises par le juge de la liberté et de la détention relatives à son maintien en zone d'attente et sa prolongation. De même les administrateurs ad hoc n'ont pas développé une politique de saisine systématique du juge des enfants afin de faire déclarer l'urgence et de prononcer des mesures de protection. Il est ainsi regrettable que le législateur n'impose pas de conditions spécifiques relatives à la formation des administrateurs ad hoc. C'est pourquoi en attendant, il est préférable de laisser l'exercice de tels mandats à des associations spécialisées en la matière, telles que France Terre d'Asile ou la Croix rouge.

Concernant plus précisément les **Conseils généraux**, les positions de principe et les modalités d'exercice sont extrêmement variables.

Bérangère Novel dans son mémoire « *Le devenir de la fonction d'administrateur ad hoc au sein du Conseil général* »³ expose que le problème majeur est celui de la confusion des missions lorsqu'il exerce à la fois une mesure d'assistance éducative auprès d'un enfant et le représente en qualité d'administrateur ad hoc. En assistance éducative, il s'agit de faire un travail de lien avec la famille alors que l'administrateur ad hoc représente un enfant dans un procès pénal, souvent contre l'un ou les deux parent(s). Cette problématique n'est pas propre aux Conseils généraux car elle concerne également les Sauvegarde.

¹ Circulaire interministérielle du 14 avril 2005

² Citons ainsi le rapport alternatif de l'ANAFE de juillet 2008 précité, ainsi que la défenseure des enfants à l'occasion du colloque réalisé en juin 2008.

³ Mémoire Maîtrise en droit social.

Aussi, **nombre de conseils généraux ont pris la décision, après réflexion, de ne pas ou plus être inscrits sur la liste et refusent toute désignation en qualité d'administrateur ad hoc.** (CG Isère – CG Drôme). Décision motivée par le risque de confusion qui existe au niveau du département entre la mission générale de protection de l'enfance et la mission de représentation de l'enfant incombant à l'administrateur ad hoc. Or, il s'avère qu'en raison de la pénurie d'administrateurs ad hoc, nombre de conseils généraux sont malgré eux, désignés par défaut par analogie avec les règles régissant la tutelle des mineurs¹.

Certains ont fait appel des décisions les désignant en qualité d'administrateur ad hoc. La Cour d'appel a confirmé les décisions au motif que le Président du Conseil général ayant pour mission la protection de l'enfance, il est le mieux à même d'être désigné en qualité d'administrateur ad hoc.

D'autres ont décidé d'**externaliser cette fonction** et soutiennent financièrement une association qui exerce les mandats, soit intégralement, soit partiellement.

Quant à ceux qui **exercent des mandats ad hoc**, certains n'acceptent que les dossiers concernant des enfants qui leur sont confiés ; d'autres à l'inverse mais c'est plus rare, les enfants qui ne leur sont pas confiés ; d'autres encore, tout enfant.

Les pratiques sont très disparates. Chaque département exerce cette mission comme il le souhaite. Cela va d'une intervention de type purement administratif (constitution de partie civile et désignation d'un avocat) à une mission tant juridique que d'accompagnement.

En ce cas, les Conseils généraux ont décidé « *d'organiser leurs services de telle façon que le mandat d'administrateur ad hoc vienne s'articuler avec celui de l'assistance éducative de la manière la plus cohérente possible en évitant la confusion des genres afin d'éviter de reproduire ce qu'aura vécu l'enfant victime, dans un autre domaine* ». En pratique, ils affectent à cette mission une ou plusieurs personne(s) spécialement qualifiée(s) et bien différenciée(s), voire ils créent un service indépendant d'administrateurs ad hoc.

Quant aux personnes physiques qui exercent au nom de ces personnes morales de droit public, ce n'est pas toujours sur la base du volontariat. Il s'ensuit des exercices différents selon la personne concernée. Exemple, au sein d'un même Conseil général :

- ♦ l'une d'elles exerçait le mandat comme il doit l'être : mission juridique et mission d'accompagnement ce qui est conforme aux règles en vigueur ;
- ♦ une autre s'investissait en fonction du temps disponible qui lui restait n'ayant pas été déchargée de ses fonctions éducatives ;
- ♦ la troisième était volontairement absente de la procédure, manifestant par là son refus d'exercer ces mandats.

En ce qui concerne les décisions :

- ♦ soit la personne bénéficie d'une grande liberté ;
- ♦ soit tout au long de la procédure, l'ensemble des éléments du dossier transite par l'encadrement de la Direction de l'enfance et de la famille, qui assure une supervision générale (décisions, avis sur les expertises, lien avec l'avocat).

¹ Art. 411 C. civ.

D'autres considérations importantes concernent l'avocat :

- ♦ libre choix du conseil ou obligation de mandater l'avocat du Conseil général ;
- ♦ rémunération au titre de l'aide juridictionnelle totale ou rémunération sur la base d'une convention.

Certains Conseils généraux ne sollicitent pas l'indemnisation forfaitaire prévue au titre des frais de justice, d'autres oui.

En conclusion, une diversité d'administrateurs ad hoc, une variété de pratiques mais également des moyens différents. Un même objectif leur est imposé mais les pratiques diffèrent, de même que les moyens pour exercer leurs mandats.

Titre III - Le contenu du mandat confié aux administrateurs ad hoc

Aborder le thème de la mission de l'administrateur ad hoc, c'est à la fois lui donner un champ d'intervention et poser des limites. C'est poser les questions : que doit-il faire et jusqu'où peut-il aller ?

Le législateur n'a pas défini précisément les missions confiées aux administrateurs ad hoc. Aussi, le juge n'a pas d'autres solutions à travers les litiges qui lui sont soumis, de chercher à déterminer la situation juridique de l'administrateur ad hoc.

A. Le cadre légal

Nous pouvons déduire des textes relatifs à l'administrateur ad hoc que ce dernier est investi d'une mission générale que l'on retrouve pour tous ces mandats : la représentation du mineur à l'occasion d'un acte ou d'une procédure. A cette mission générale, lui est enjoint des missions spécifiques, propres aux mandats pénaux et administratifs.

a. La représentation juridique du mineur¹

La représentation du mineur, qu'elle soit légale ou judiciaire, renvoie à son incapacité d'exercice à laquelle elle supplée.

Les textes relatifs à la représentation sont laconiques : ils parlent de représenter le mineur dans une procédure ou lors d'un acte civil. Etymologiquement, représenter signifie « *rendre présent, être devant, mettre devant les yeux ou devant l'esprit de quelqu'un* », et par extension « *montrer* ». Mais quel est l'objet de la représentation : la personne de l'enfant, son intérêt, sa volonté, sa parole, un de ces éléments pris isolément ou plusieurs simultanément ?

Si c'est le mineur en tant que personne humaine fait de chair et de sang dont il s'agit, cela revient à retenir sa substitution physique. Elle l'est nécessairement pour les très jeunes enfants. Mais qu'en est-il pour les autres ?

Par référence à la représentation par voie d'avocat qui remplace physiquement son client, on pourrait retenir l'idée que le mineur n'a pas à figurer en personne sur la scène juridique, au nom de sa protection, le procès étant généralement un harcèlement d'émotions².

Toutefois, sa présence ne peut pas toujours être exclue, notamment lors de procédures pénales : audition, confrontation, expertise médico-psychologique. Là, on ne peut plus parler de représentation mais d'assistance.

En pratique, la question se pose pour l'audience pénale. Lorsque le mineur exprime le souhait d'y assister, son représentant devra rechercher ses motivations afin qu'il ne soit pas utilisé par la partie adverse. Cela vérifié, la présence de l'enfant victime peut

¹ G. Favre-Lanfray. *L'administrateur ad hoc a-t-il une fonction juridique et/ou d'accompagnement ?* In *L'administrateur ad hoc*, Ed. ERES, pp. 29 à 40.

² Certains magistrats critiquent le fait que des administrateurs ad hoc se présentent à l'audience avec des adolescents ou des enfants en âge de comprendre et qui ont souhaité être présents. A l'inverse, un magistrat a imposé la présence d'une enfant de 3 ans à une audience correctionnelle et l'a fait venir à l'insu de l'administrateur ad hoc.

s'avérer indispensable pour deux raisons : d'une part, le besoin d'entendre du juge les limites fixées par la loi et qu'il n'est en rien coupable ; d'autre part, son témoignage à la cour d'assises peut s'avérer important, de par l'oralité de la procédure.

Au-delà de cette substitution physique, une volonté est exprimée qui se concrétise en une demande, une position par rapport au litige en cours ou à un acte déterminé. Qui a cette faculté de vouloir, de décider quelque chose : le mineur non émancipé ou son représentant ?

Lorsqu'on est en présence d'une représentation de nature conventionnelle¹, on peut affirmer sans risquer d'être contredit que c'est la volonté du représenté qui est exprimée, voire qui préside à tout moment. Le titulaire du droit a la faculté de recourir ou non à ce mode d'action. Chaque fois que sa présence n'est pas obligatoire, s'il décide de ne pas figurer en personne à l'audience et par conséquent de se faire remplacer, non seulement il peut choisir son représentant, en changer éventuellement, mais également il lui donne ses instructions. Le représentant devra exprimer la volonté de la personne qu'il représente. Il devra même la respecter s'il ne veut pas voir engager sa responsabilité professionnelle. Cette représentation de nature conventionnelle s'avère être en fin de compte une simple substitution physique.

Il en va tout autrement lorsqu'il s'agit d'une représentation légale ou judiciaire que peut connaître tout enfant durant sa minorité. Titulaire du droit, il n'a pas le choix du moyen d'action. Le recours au mécanisme de représentation est le seul moyen juridique dont il dispose pour exercer ses droits. Contrairement à la situation précédente, les modalités pratiques ne seront pas les mêmes. En effet, le choix de son représentant comme les décisions lui échappent totalement. Son représentant est, soit désigné par la loi en fonction de sa situation personnelle (administrateur légal, tuteur), soit choisi par un magistrat (administrateur ad hoc). De plus, le représentant légal ou judiciaire du mineur non émancipé est investi du pouvoir d'initiative et de direction. **Avec ce mode d'action qui confère le pouvoir décisionnel au représentant, la volonté de l'enfant se trouve de ce fait complètement occultée. Il ne s'agit plus seulement d'une substitution physique, mais d'une substitution de volonté.**

La représentation est définie par certains auteurs comme étant « *un procédé juridique par lequel une personne, appelée représentant, agit au nom et pour le compte d'une autre personne, appelée représenté. Les effets de l'acte passé par le représentant se produisent directement sur la tête du représenté* »².

Action en remplacement d'autrui, la représentation suppose l'accomplissement d'un acte juridique ou d'une action par une personne qui n'intervient pas en son propre nom, qui n'agit pas pour son compte mais au nom et pour le compte d'une autre personne. Cette définition met l'accent sur le rôle essentiel du représentant qui agit par substitution, qui par la volonté exprimée, va engager la personne qu'il remplace. Les effets de l'acte ne sont pas supportés par celui qui agit, le représentant, mais par celui au nom duquel il agit, le représenté.

Dans ce contexte, l'administrateur ad hoc agit au nom et pour le compte du mineur avec cette particularité que ce dernier n'émet pas lui-même son propre choix ou la

¹ Représentation par voie d'avocat par exemple.

² P. Petel, *Le contrat de mandat*, Paris, Dalloz, coll. « *Connaissance du droit* », 1994.

volonté qui forme l'acte juridique. Bien que personne juridique, le mineur disparaît derrière l'écran de la représentation. Cette idée se retrouve avec force dans la définition origininaire du mot « *personne* », qui désigne « *le masque des acteurs* ».

Cela dit, la représentation, moyen juridique pour pallier l'incapacité d'exercice et conçue dans l'intérêt de l'incapable, ne doit pas se révéler violente dans sa mise en œuvre. Représenter un mineur, c'est comme on vient de le voir, prendre sa place sur la scène juridique. Faut-il alors l'exclure de toutes les décisions importantes qui le concernent dans la mesure où c'est lui qui supportera les conséquences de la décision judiciaire ?

Or, ces enfants, n'ayant pu exprimer leur sentiment, n'ayant pas été informés, se sentent dépossédés de leur affaire. Cette pratique n'est pas à préconiser car le risque est de rejouer le même scénario familial, à savoir substituer un autre abus de pouvoir, d'autorité au premier. Elle crée ce que l'on appelle une « *victimation secondaire* » ou une « *surviolence* » entraînant des conséquences psychologiques néfastes pour l'enfant. Aussi, convient-il de préconiser une autre conception plus large mais aussi plus humaniste du mandat qui consiste à respecter l'enfant. Dans les faits, cela consiste à entrer en communication avec lui, l'écouter et lui restituer les enjeux des décisions prises pour lui. Cette conception exclut toute généralisation, toute règle préétablie. Cela suppose une étude très précise et complète de la situation avant toute prise de décision. Et en cas de divergence entre la parole exprimée par l'enfant et la position arrêtée par son représentant, il est important que l'administrateur ad hoc demande à l'avocat d'exprimer ces deux positions à l'audience.

Cette conception est conforme à l'article 371-1 du Code civil¹ qui précise que les « *parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ».

En définitive, qu'il s'agisse de représenter de manière générale un enfant à l'occasion d'un acte civil ou d'un procès, il s'agit sans conteste d'une fonction juridique dévolue à l'administrateur ad hoc.

Cette fonction juridique est de nature à engager la responsabilité de l'administrateur ad hoc dans la mesure où il est seul investi du pouvoir de décision² et ses choix doivent être conformes à l'intérêt de l'enfant, notion pour le moins vague et à géométrie variable.

b. L'action civile au nom du mineur victime³

L'action civile est l'action en réparation d'un dommage qui a son origine dans une infraction pénale. Elle appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage. En l'espèce, elle est exercée en même temps que l'action publique devant la juridiction répressive.

Une fois désigné, l'administrateur ad hoc est libre de définir sa propre orientation. Il dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité de se constituer partie

¹ Texte modifié par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JO du 5).

² L'administrateur ad hoc conserve au regard de l'avocat « *la maîtrise et l'orientation du dossier* ». Guide méthodologique. Administrateur ad hoc, Ministère de la Justice, février 2003, p. 37.

³ G. Favre-Lanfray, *Représentation et accompagnement de l'enfant victime par un administrateur ad hoc*, thèse précitée n°s 629 à 631.

civile. En effet, les termes « *s'il y a lieu* » et « *en cas de* » ne créent aucune obligation à la charge de l'administrateur ad hoc.

Outre le fait que la constitution de partie civile ne peut s'envisager qu'aux stades de l'instruction et de jugement, l'administrateur ad hoc n'est nullement lié par la décision du magistrat qui l'a désigné. Il peut donc tout au long du procès pénal :

- ♦ se constituer ou non partie civile ;
- ♦ choisir le moment de sa constitution ;
- ♦ mais également se désister ensuite.

Un juge d'instruction qui change d'administrateur ad hoc au motif qu'il ne se constitue pas partie civile est contestable en droit comme le sont les désignations où ne figurent plus les termes « *s'il y a lieu* ».

Cela dit, la constitution de partie civile est essentielle et répond à l'intérêt de l'enfant, car il n'est plus considéré comme simple témoin, mais comme partie à la procédure. A ce titre, il peut :

- ♦ participer et s'associer à la recherche de la manifestation de la vérité (faits complexes, dénégation de l'auteur présumé) ;
- ♦ demander et éventuellement obtenir réparation de son préjudice subi par l'attribution d'une certaine somme d'argent, appelée dommages-intérêts.

De plus, il est :

- ♦ informé très exactement et de manière permanente du déroulement de la procédure par l'intermédiaire de son avocat qui a seul accès au dossier pénal ;
- ♦ assisté de son avocat lors des auditions et confrontations chez le juge d'instruction ainsi qu'aux audiences pénales. Cette assistance est de droit, étant d'après le texte pénal, liée à l'action civile. Bien que le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle soit le mineur, le mandant de l'avocat est l'administrateur ad hoc. Lui seul a le pouvoir de le mandater et éventuellement d'en changer.

Parfois, il arrive que des enfants ne souhaitent pas que l'administrateur ad hoc se constitue partie civile, se sentant coupable de l'incarcération de leur parent ou parce qu'ils subissent des pressions pouvant aller jusqu'au chantage au suicide. En ce cas, il est important de leur dire qu'ils ne sont en rien responsables des conséquences du signalement et que l'action civile est inopérante sur l'action publique diligentée par le Parquet. En d'autres termes, tout retrait de plainte ou de constitution de partie civile n'entraînera pas ipso facto la libération du parent incarcéré.

En tant que partie civile, l'administrateur ad hoc dispose d'une grande liberté, notamment :

- ♦ pour faire des demandes d'actes (expertises, contre-expertises, audition...) ;
- ♦ faire appel des décisions ;
- ♦ demander des dommages-intérêts.

En fait, certains administrateurs ad hoc ne disposent pas toujours de cette indépendance vis-à-vis de l'autorité judiciaire. On peut se poser la question lorsque l'administrateur ad hoc fonctionne sur le registre du « *faire-plaisir* » ou lorsqu'il existe un lien de subordination entre l'administrateur ad hoc-salarié et le magistrat-employeur.

Nous avons vu que lorsque les conditions requises par l'article 706-50 du Code de procédure pénale ne sont pas réunies, les juges pénaux en tant que juges saisis de l'instance ou le juge des tutelles peuvent sur le fondement des articles 388-2 et 389-3 du Code civil, désigner un administrateur ad hoc au mineur victime. Cette modalité particulière de désignation entraîne une conséquence notable quant à la fixation de sa mission. Dès lors, deux situations sont à considérer.

Première situation : l'administrateur ad hoc est désigné sur le fondement de l'article 706-50 du Code de procédure pénale par les juges répressifs.

Le contenu du mandat sera selon ce texte, d'assurer la protection des intérêts du mineur¹, donnée contraignante, et d'exercer s'il y a lieu, les droits reconnus à la partie civile, donnée facultative. Texte d'exception qui ne permet pas aux juges répressifs de modifier, d'étendre ou de restreindre sa mission². Or, certains magistrats s'arrogent une certaine liberté en la matière³.

Deuxième situation : l'administrateur ad hoc est désigné sur le fondement des articles 388-2 et 389-3 du Code civil par les juges répressifs en tant que juges saisis de l'instance ou par le juge des tutelles.

En ce cas, le contenu du mandat de l'administrateur ad hoc sera plus large mais aussi plus imprécis, le libellé des textes étant qu'il sera chargé de représenter le mineur.

Mais les disparités ne s'arrêtent pas là, concernant la portée du mandat. La désignation de l'administrateur ad hoc par les juges répressifs sur le fondement de l'article 706-50 du Code de procédure pénale lui confère une légitimité pour intervenir tout au long du procès pénal en raison du texte et de la nature même de l'action civile. De par ce texte pénal, il a pouvoir d'exercer les droits reconnus à la partie civile, c'est-à-dire d'intervenir tout au long du procès pénal : l'enquête préliminaire, la phase d'instruction éventuellement⁴, la phase de jugement et les voies de recours.

A l'opposé, lorsque la désignation d'administrateur ad hoc émane des juges répressifs en tant que juges saisis de l'instance sur le fondement des articles 388-2 et 389-3 du Code civil, ces magistrats sont-ils tenus de par leur saisine à limiter son pouvoir de représentation à la phase de la procédure durant laquelle a lieu cette désignation ? Certains magistrats adoptent cette interprétation restrictive. C'est ainsi qu'on peut lire que la mission de l'administrateur ad hoc est de représenter l'enfant, soit « *dans le cadre de l'information* », soit « *devant le tribunal correctionnel* » ou « *dans une procédure pendante devant la Cour d'appel (...) après jugement rendu par le tribunal*

¹ Il s'agit en l'espèce des intérêts procéduraux comme faire appel par exemple.

² CA Paris, 29 novembre 1996.

³ Par exemple, un parquet prévoit 2 types d'intervention : soit apporter une aide et un soutien moral et psychologique au mineur victime durant l'enquête préliminaire ou de flagrance ; soit apporter une aide et un soutien moral et psychologique au mineur victime, mettre en œuvre la défense de ses intérêts et exercer s'il y a lieu, au nom de celui-ci, les droits reconnus à la partie civile durant la procédure judiciaire, saisir dès l'allocation définitive de dommages et intérêts par la juridiction pénale, le juge des tutelles compétent territorialement. Dans la 1^{ère} situation, le mandat est limité à l'enquête préliminaire, qu'il y ait classement sans suite, saisine d'un juge d'instruction ou renvoi devant le tribunal correctionnel. Le mineur est complètement dépendant de l'autorité judiciaire pour qu'un autre représentant lui soit désigné pour la poursuite de la procédure.

Autre exemple, un parquet précise que le mandat confié à l'administrateur ad hoc se poursuivra aux phases d'instruction et de jugement, devant la CIVI et jusqu'au placement des fonds. Or seul le juge des tutelles peut autoriser l'administrateur ad hoc à ouvrir un compte au nom du mineur et placer les fonds.

⁴ L'instruction n'est pas obligatoire en toutes circonstances. Elle l'est pour les infractions criminelles. Par contre, elle est facultative pour les infractions délictuelles. Ainsi, l'auteur d'un délit peut être cité directement devant le tribunal correctionnel.

correctionnel». Dès lors que le mandat de l'administrateur ad hoc est strictement limité à une phase du processus pénal, il doit au fur et à mesure de l'avancée de la procédure, obtenir un nouveau mandat, soit d'un autre juge pénal, soit du juge des tutelles. A défaut, son intervention doit être déclarée irrecevable pour défaut de pouvoir. Cette pratique présente des risques : se retrouver hors délai pour intervenir et que l'autorisation soit liée à l'intime conviction du juge.

Aussi, les juges des tutelles préconisent une autre façon de faire qui respecte et la lettre et l'esprit du texte : *« représenter le mineur dans l'ensemble de la procédure en cours et devant toute juridiction susceptible d'être saisie de l'affaire ; faire procéder à l'exécution des décisions à intervenir et notamment encaisser les indemnités qui pourraient être allouées à ce mineur et à les placer sur un compte productif d'intérêts bloqué au nom du mineur pour faire ultérieurement et le cas échéant, une requête au juge des tutelles concernant un meilleur placement ; disons que l'administrateur ad hoc nous tiendra informé de l'accomplissement de sa mission et nous en rendre compte*». Cette pratique a l'avantage d'éviter une interruption provisoire ou définitive, de la représentation judiciaire du mineur.

En ce qui concerne l'assistance d'un avocat, elle est obligatoire si l'administrateur ad hoc se constitue partie civile conformément à l'article 706-50 du Code de procédure pénale. Par contre, elle est facultative si l'administrateur ad hoc est désigné sur le fondement des textes civils, par application du droit commun¹.

Ainsi, pour une même affaire pénale, le contenu et les modalités d'exercice du mandat judiciaire peuvent varier selon le magistrat qui désigne et le texte qui sert de fondement à sa désignation².

c. L'accompagnement du mineur victime³

La loi du 10 juillet 1989 relative à la maltraitance et à la protection de l'enfant a complètement modifié le rôle dévolu traditionnellement à l'administrateur ad hoc. Très vite, s'est instaurée une certaine polémique autour de la mission d'accompagnement du mineur, victime d'inceste. Dans ce contexte, il est apparu évident pour nombre de personnes, que la mission de l'administrateur ad hoc allait bien au-delà de celle fixée par les textes : l'action civile. De par la qualité de la victime et de la nature de la procédure, l'aspect humain s'est avéré primordial et indissociable de l'aspect juridique.

¹ L'art. 706-51-1 CPP, institué par la Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale (JO du 6) exige que tout mineur, victime d'une infraction sexuelle, soit assisté par un avocat lorsqu'il est entendu par le juge d'instruction. A défaut de désignation d'un avocat par les représentants légaux du mineur ou par l'administrateur ad hoc, le juge avise immédiatement le bâtonnier afin qu'il commette un avocat d'office. Etait-il judicieux d'insérer une telle disposition dans la mesure où :

- le défaut d'assistance par un avocat peut donner lieu à une désignation d'administrateur ad hoc ;
- l'assistance d'un avocat est obligatoire dès lors que l'administrateur ad hoc se constitue partie civile ;
- toute partie civile ne peut être entendue ou confrontée qu'en présence de son avocat, à moins qu'elle y renonce expressément (art. 114 CPP).

Par contre, il aurait été plus judicieux de prévoir l'assistance d'un avocat en enquête préliminaire et de rendre obligatoire la présence de l'administrateur ad hoc lors des auditions et confrontations en réécrivant l'art. 706-53 CPP.

² G. Favre-Lanfray, *Contenu et limites du mandat de l'administrateur ad hoc*, note précitée.

³ G. Favre-Lanfray, *L'administrateur ad hoc a-t-il une fonction juridique et/ou d'accompagnement ?* note précitée, pp. 35 à 38.

Tous les professionnels confrontés aux problèmes de maltraitance intrafamiliale, insistent sur la fragilité et la solitude de ces enfants, les pressions et manipulations qu'ils subissent, leur besoin d'être écoutés, accompagnés et protégés. Ils souffrent fréquemment de troubles psychologiques ou psychiques qui se manifestent de diverses manières : tentatives de suicide, fugues, agressivité, instabilité, troubles du sommeil, mutisme, échec scolaire...¹

Aussi, il est impératif qu'une fois désigné, l'administrateur ad hoc établisse une relation de confiance avec l'enfant, l'informe qu'il est là pour lui, dans son intérêt, pour l'accompagner tout au long de la procédure. Cela suppose qu'il s'engage avec volonté et discernement. La confiance n'est jamais automatique. Elle se gagne pas à pas, au quotidien. De plus, elle comporte toujours une prise de risque. Elle exige de mettre en accord les paroles et les actes, c'est-à-dire de faire ce que l'on dit et dire ce que l'on fait. Elle appelle aussi la cohérence, la transparence, c'est-à-dire la nécessité d'expliquer, d'exposer les critères de décision. Enfin, elle suppose une bonne intégrité personnelle : savoir dire non, expliquer pourquoi, ne pas accepter les dérives, les amalgames, les solutions contraires à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, l'administrateur ad hoc ne doit pas se laisser manipuler par l'enfant qui peut essayer d'obtenir de lui ce qu'il ne peut pas des autres intervenants, notamment de ses éducateurs. Il doit en ce cas, être vigilant, se positionner très clairement par rapport à la demande de l'enfant, tout en l'assurant que sa confiance n'est pas remise en cause.

Les auditions, confrontations, expertises et procès pénal sont des temps judiciaires particulièrement forts sur le plan émotionnel. Le concours de l'enfant victime à la manifestation de la vérité est nécessaire mais ces mesures prescrites sont susceptibles de raviver des souvenirs douloureux ou de provoquer de nouvelles meurtrissures en cas de dénégaration ou de déclaration mensongère de l'auteur présumé. Là, l'administrateur ad hoc peut jouer un rôle important d'aide et de soutien, car l'enfant va passer successivement à des stades différents : de victime, il va devenir accusateur par sa révélation ; puis menteur lorsque les faits sont contestés ; puis de nouveau victime lorsque la contestation est forte et qu'il n'apporte pas la preuve de ce qu'il a subi.

A cette mission de soutien et d'accompagnement, il faut adjoindre celle d'information. L'administrateur ad hoc doit prendre le temps d'expliquer à l'enfant le rôle respectif de chaque intervenant dont le sien. Cette clarification est nécessaire afin d'éviter toute confusion. Ainsi, l'enfant sait très bien qui fait quoi et à quelle personne s'adresser en cas de demande particulière.

S'il est important de ne rien cacher à l'enfant des aléas de la procédure, d'être clair, authentique, il est également important d'utiliser un langage adapté, de choisir le moment et la manière. L'administrateur ad hoc ne doit jamais perdre de vue qu'il a en face de lui une personne très fragile accordant peu ou plus confiance à l'adulte.

Dans ce contexte, il est essentiel que l'administrateur ad hoc soit à l'écoute de la souffrance de l'enfant et ne lui impose pas ses choix de façon arbitraire. Il doit laisser ses préjugés, craintes, jugements de côté et savoir qu'un enfant qui n'est pas écouté ne parlera pas.

¹ G. Favre-Lanfray, idem note précitée. § repris dans le rapport Viout, p. 46.

Quant à la question de savoir à qui, de l'éducateur ou de l'administrateur ad hoc, attribuer la mission d'accompagner le mineur victime au cours du procès pénal, non seulement il convient de définir précisément ce terme mais également de poser la question de l'opportunité de multiplier les intervenants autour de l'enfant. Ce point a fait l'objet d'un développement lors des premières assises qui se sont tenues à Grenoble en novembre 1999¹.

En matière d'inceste ou d'agression sexuelle, il est incontestable que la victime mineure attend plus de son administrateur ad hoc, qu'un rôle purement juridique. Une victime l'a exprimé en quelques mots, écrits après un parcours long et éprouvant : « *Je pense qu'un administrateur ad hoc doit être avant tout humain, c'est-à-dire parler avec son cœur et sincèrement et non sortir les phrases d'un livre. Il doit avoir une confiance totale, une très bonne entente. Une bonne entente entre avocat et ad hoc s'impose* ». Et elle a terminé sa lettre par « *il ne faut pas obligatoirement couper les contacts une fois que l'affaire est finie* »².

Pour Michel Delage, psychiatre et spécialiste en thérapie familiale³, la résilience est un processus qui nécessite toujours pour la victime de trouver au moins une personne soutenance.

L'administrateur ad hoc peut très bien être ce tuteur de résilience.

La loi du 17 juin 1998 ainsi que le décret du 16 septembre 1999 ont confirmé d'une certaine manière cette conception du mandat de l'administrateur ad hoc.

En effet, l'article 706-50 du Code de procédure pénale qui a remplacé l'ancien article 87-1 de ce même Code permet désormais la désignation de l'administrateur ad hoc par le procureur de la République, c'est-à-dire dès la phase de l'enquête préliminaire. Il va de soi que sa mission à ce stade de la procédure ne peut être juridique. Si l'on se réfère aux travaux préparatoires de la loi du 17 juin 1998 et à l'article 706-53 du Code de procédure pénale institué par cette même loi, il est demandé à l'administrateur ad hoc, par « *sa présence* », d'assurer le soutien moral et psychologique de l'enfant. Certains Parquets le visent expressément dans l'acte de désignation. Cette présence est également prévue dans le cadre de l'instruction, tant pour les auditions que pour les confrontations.

d. L'assistance du mineur étranger

Les articles L.221-5 et L.751-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile prévoient que l'administrateur ad hoc doit assurer la représentation du mineur étranger isolé dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles relatives à son maintien en zone d'attente, son entrée sur le territoire et le cas échéant à sa demande d'asile. En pratique, les dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile sont souvent successivement applicables et l'administrateur ad hoc peut ainsi se voir confier une mission à double ou triple facette faisant l'objet de mandats distincts : « *l'une au titre du maintien du mineur en zone d'attente qu'il ait ou non demandé l'asile en application de l'article 35 quater de l'Ordonnance du 2 novembre 1945, la seconde au*

¹ G. Favre-Lanfray, *Contenu et limites du mandat de l'administrateur ad hoc*, note précitée, pp. 206 et 207.

² Malika, *Témoignage d'une jeune femme représentée par l'administrateur ad hoc*. In *L'administrateur ad hoc*, éd. ERES, pp. 73 à 76.

³ Auteur de *La résilience familiale*, éditions Odile Jacob.

titre de la demande d'asile devant l'OFPPRA en application de l'article 11 de la loi du 25 juillet 1952, la troisième au titre des recours contentieux subséquents»¹.

L'objectif poursuivi par le biais de la représentation « *ad hoc* » est de rendre effectifs les recours du mineur à l'occasion des différentes procédures administratives et judiciaires auxquelles il sera soumis et notamment :

- ◆ devant la juridiction administrative contre la décision de refus d'entrée sur le territoire national, qu'elle soit ou non formulée au titre de l'asile à la frontière ;
- ◆ devant la juridiction judiciaire, tant en première instance qu'en appel ;
- ◆ dans la procédure d'autorisation de prolongation du maintien en zone d'attente ;
- ◆ devant la CNDA, contre une décision de refus d'asile rendue par l'OFPPRA ;
- ◆ devant le Conseil d'Etat contre une décision prononcée par la CNRA

De plus l'article L.221-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile entend également confier une mission d'assistance du mineur étranger isolé par son administrateur ad hoc puisque « *tout administrateur ad hoc désigné (...) doit, pendant la durée du maintien en zone d'attente du mineur qu'il assiste, se rendre sur place* ». Les tâches de l'administrateur ad hoc sont donc diverses et consistent concrètement à :

- ◆ le rencontrer ;
- ◆ être présent lors des actes de procédure et des entretiens ;
- ◆ être destinataire de tous les documents ;
- ◆ être habilité à signer les documents ;
- ◆ initier toutes les procédures ;
- ◆ exercer les voies de recours

Cependant, son absence ne constituera pas un obstacle au déroulement des procédures concernées², ce qui a des conséquences non négligeables quant à la représentation effective du mineur et à sa possibilité de faire valoir ses droits.

En effet, dans le cadre d'un placement en zone d'attente par exemple, son absence est fortement déplorable puisque le jeune pourra faire l'objet d'une mesure de refoulement susceptible d'intervenir à tout moment. Le récent rapport de DEI France³ établit qu'en 2007, 36 enfants qui ont vu leur mission acceptée par un administrateur ad hoc, ont été refoulés en moins de 24h avant que ce dernier n'ait eu le temps d'arriver sur place. Or au titre de l'article L.213-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile, tout étranger a droit au bénéfice du jour franc avant l'exécution d'une mesure de refoulement à condition qu'il en exprime la demande. Cela implique donc que le mineur étranger isolé connaisse ses droits et en demande l'application, ce qui est rarement le cas en pratique⁴. Cette mesure de refoulement peut donc intervenir à tout moment durant les quatre premiers jours de son maintien, et ce jusqu'à son

¹ Circulaire interministérielle du 14 avril 2005, précitée.

² Ibid.

³ Rapport précité.

⁴ La PAF d'Orly a affirmé, lors du colloque organisé par la Défenseure des enfants en juin 2008, faire bénéficier automatiquement les mineurs étrangers isolés de ce droit, ce qui est conforté par le rapport de France Terre d'Asile de novembre 2008. Cependant cette information est réprouvée par DEI France dans son rapport sur le programme européen « *Separated Children in Europe Program* ».

audition devant le juge judiciaire en cas de prolongation de la mesure de placement en zone d'attente.

A l'occasion d'une demande d'asile formulée par un jeune, la présence de l'administrateur ad hoc auprès du mineur étranger isolé se révèle être également indispensable. La circulaire interministérielle de 2005 rappelle en effet que celui-ci ne se substitue pas au jeune pour demander l'asile, que ce soit à la frontière ou au territoire. Il s'agit d'un droit propre, d'une démarche personnelle et donc susceptible d'être accomplie seul par l'intéressé. Toutefois, la reconnaissance de la qualité de réfugié étant un acte civil déclaratif, le mineur qui ne peut tenter une procédure, doit nécessairement se voir désigner un représentant. En son absence, l'OFPRA réservera donc sa décision jusqu'à la majorité du jeune si aucune mesure de tutelle n'est prononcée, ce qui le privera de la possibilité d'exercer un quelconque recours pendant sa minorité¹. De plus, un entretien est généralement sollicité dans les locaux de l'OFPRA en vue de l'examen de la demande d'asile. Le récit formulé par le jeune sera ainsi fondamental pour l'instruction du dossier. Or, le mineur isolé nécessite, ne serait-ce que sur le plan émotionnel, un accompagnement spécifique.

La circulaire interministérielle de 2005 va ainsi faire de l'administrateur ad hoc le véritable référent du mineur, son accompagnateur tout au long des procédures. Il devra ainsi lui dispenser l'information nécessaire à la compréhension des événements et un soutien moral en l'absence de ses proches.

Il appartient donc à l'administrateur ad hoc d'instaurer un véritable dialogue avec lui et d'évaluer sa situation le plus précisément possible, de ses motifs de départ à l'existence ou non de membres de sa famille sur le territoire. Tous ces éléments relèvent de la plus haute importance afin que le jeune puisse bénéficier de la meilleure prise en charge possible et le cas échéant, de bonnes conditions de retour dans son pays d'origine. Il aura ainsi pour tâche de faciliter le contact avec d'éventuels membres de sa famille présents sur le territoire ou ses parents à l'étranger, ainsi que de le mettre en relation avec les acteurs des réseaux sociaux éducatifs susceptibles d'intervenir à sa sortie de zone d'attente.

Plus qu'une simple représentation juridique, c'est une véritable mission d'assistance qu'on a entendu conférer à l'administrateur ad hoc dans le cadre de son mandat administratif. Interlocuteur privilégié du jeune, il doit le conseiller, le rassurer, l'informer, dans un contexte si complexe qu'il échappe bien souvent à sa propre compréhension, et se doit d'exercer cette mission en lien avec les différents professionnels intervenant auprès de l'enfant.

C'est pourquoi son mandat doit être indéniablement envisagé sous l'angle de la protection de l'enfance. Notamment, il lui appartient de saisir le juge des enfants s'il suspecte une situation de danger. Cette situation peut ainsi résulter, outre son maintien en zone d'attente qui n'est pas constitutif en soit d'un danger selon la circulaire interministérielle du 14 avril 2005, du risque lié à son renvoi dans le pays de provenance qui, dans la plupart des cas n'est pas le pays d'origine du mineur². A cette fin, l'administrateur ad hoc devra donc être en mesure d'apporter au juge un

¹ Rappelons que le mineur n'est pas susceptible de se voir prononcer une mesure d'éloignement du territoire. Art L511-4 CESEDA

² CA Paris 7 décembre 2004, arrêt Haidera.

maximum d'éléments objectifs afin que celui-ci reconnaisse la situation de danger et prononce des mesures de protection à l'égard du mineur concerné.

De même, dans la mesure où la loi prévoit que le mandat prend fin dès le prononcé d'une tutelle, il incombe implicitement à l'administrateur ad hoc de solliciter le juge des tutelles tendant à l'ouverture de celle-ci.

Les textes qui régissent l'administration « ad hoc » sont responsables volontairement ou non d'une application non homogène. Mais ce problème est aggravé par le fait que concomitamment à ce dispositif législatif incohérent, source de confusion et d'abus, certains points souffrent manifestement d'une absence de législation, notamment la question de la situation juridique de l'administrateur ad hoc.

B. Le cadre jurisprudentiel

Dans la mesure où l'administrateur ad hoc se substitue à l'administrateur légal, cette seule référence nous permet-elle de placer ce représentant judiciaire dans la même situation juridique que le représentant légal ?

Dans la mesure où l'administrateur ad hoc est l'homologue du subrogé tuteur, peut-on aller plus loin et lui appliquer les règles relatives à la tutelle ?

a. L'administrateur ad hoc est-il juridiquement dans la même situation que l'administrateur légal ?¹

Ne disposant que d'une décision déjà fort ancienne de la Cour de cassation à ce sujet², le débat reste ouvert. Il ne présente pas un intérêt purement théorique mais de la position qui est arrêtée, on peut en déduire les pouvoirs de l'administrateur ad hoc.

Il existe deux catégories d'administration légale : pure et simple et sous contrôle judiciaire. « *L'administration légale est pure et simple quand les deux parents exercent en commun l'autorité parentale* »³. Elle est placée sous le contrôle du juge des tutelles dès lors qu'il n'y a qu'un parent qui exerce l'autorité parentale⁴. Ainsi, lorsque le mineur n'a qu'un seul administrateur légal, ce sera à lui qu'incombera le devoir de représenter son enfant. Lorsqu'il en a deux, l'un ou l'autre parent indifféremment peut valablement le représenter, l'article 389-3 du Code civil ne faisant référence qu'à un seul administrateur légal.

Pour certains auteurs, l'administrateur ad hoc a « *les mêmes pouvoirs que celui qu'il remplace, dans la limite de la mission qui lui a été confiée* »⁵. En pratique, l'administrateur ad hoc est amené à remplacer le seul administrateur légal, voire les deux, selon le statut du mineur. Peut-on en conclure pour autant que la situation juridique de l'administrateur ad hoc suivra celle du mineur ; en d'autres termes qu'il sera soumis soit aux règles de l'administration légale pure et simple, soit à celles de l'administration légale sous contrôle judiciaire ?

¹ G. Favre-Lanfray, thèse précitée, n°s 676 à 685.

² Cass. 1^{ère} civ. 8 mars 1988.

³ Art. 389-1 C. civ.

⁴ Art. 389-2 C. civ.

⁵ P. Salvage-Gerest, Tutelle, administration légale sous contrôle judiciaire, J.-Cl. civ. art. 389 à 392, fasc.3, n°s 9 à 17.

Doit-on au contraire partir du fait que l'administrateur ad hoc assumant seul sa mission de représentation, il est dès lors, dans la situation juridique de l'administrateur légal sous contrôle judiciaire, qu'il y ait un ou deux administrateurs légaux ? Cette position conforme au droit, semble contredite par la Cour de cassation qui a posé par décision en date du 8 mars 1988, cette règle de principe : « *comme l'administrateur légal, l'administrateur ad hoc a, dans les limites de la mission qui lui a été confiée, qualité pou accomplir seul tous les actes civils qu'un tuteur peut faire sans autorisation du conseil de famille* ». Selon cette jurisprudence, il semblerait que l'administration « *ad hoc* » rentre plutôt dans le cadre de l'administration légale pure et simple. Mais pour fonder sa motivation, la Cour de cassation vise notamment l'article 389-6 du Code civil relatif à l'administration légale sous contrôle judiciaire. C'est cette interprétation qui doit sans aucun doute être retenue. De là, on peut en tirer les conséquences notamment déterminer les pouvoirs de l'administrateur ad hoc.

Article 389-6 du Code civil

« *Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, l'administrateur doit se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec une autorisation. Il peut faire seul les autres actes* ».

Selon cette disposition, les pouvoirs de l'administrateur légal se résumeraient à deux catégories d'actes, ceux qu'il peut faire seul et ceux qui nécessitent l'autorisation du juge des tutelles. Les auteurs en distinguent une autre, ceux qui lui sont interdits. Cette classification ne semble pas adaptée à l'administrateur ad hoc. Par contre, se pose en pratique la question des limites du pouvoir de l'administrateur ad hoc.

1. Les actes que l'administrateur ad hoc peut faire

La liste donnée des actes que l'administrateur légal placé sous contrôle judiciaire peut faire seul est longue et disparate. La Cour de cassation a précisé que l'administrateur ad hoc « *peut notamment introduire, sans être tenu de se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles, une action en justice relative aux droits patrimoniaux du mineur* »¹. Les faits en l'espèce étaient les suivants : un oncle paternel est désigné en qualité d'administrateur ad hoc avec mission de représenter ses nièces dans la liquidation de la succession après le meurtre de leur père. Désirant ensuite intenter une action en révocation de la donation entre époux contre la mère pour cause d'ingratitude, il obtint du juge des tutelles sa désignation en qualité d'administrateur ad hoc, afin de représenter ses nièces dans cette action. Le tribunal de grande instance annula l'ordonnance de désignation du juge des tutelles². Pour la Cour de cassation, l'oncle « *précédemment désigné en qualité d'administrateur ad hoc avec mission de représenter les mineurs dans la liquidation de la succession de leur père avait donc qualité pour saisir le tribunal de grande instance d'une action en révocation pour cause d'ingratitude de la donation consentie par ce dernier* » à sa femme. Bien que le débat juridique porte sur la qualification - patrimoniale ou extrapatrimoniale - à donner à une telle action, elle présente néanmoins un intérêt quant au pouvoir de l'administrateur ad hoc.

¹ Cass. 1^{ère} civ. 8 mars 1988.

² TGI Limoges, 4 juin 1986.

Mais cet oncle n'aurait pu intenter l'action en révocation s'il n'avait pas été préalablement désigné en qualité d'administrateur ad hoc. Il lui fallait un pouvoir initial que seul le juge des tutelles pouvait conférer. Toute intervention volontaire pour les actes que l'administrateur légal placé sous contrôle judiciaire peut faire seul n'est pas possible. La nature du mandat de l'administrateur ad hoc qui nécessite l'intervention du juge l'exclut. Par contre, selon cette jurisprudence, dès lors qu'existe une administration « *ad hoc* », le représentant judiciaire se trouve investi des mêmes pouvoirs que l'administrateur légal sous contrôle judiciaire.

Une telle solution suscite cependant quelques interrogations : doit-il exister un lien entre le mandat initial confié à l'administrateur ad hoc et les actes qu'il peut ensuite faire seul ?

2. Les limites du pouvoir de l'administrateur ad hoc

Cet arrêt de la Cour de cassation est intéressant car il apporte un début de réponse quant à la limite du mandat de l'administrateur ad hoc, notamment lorsque des dommages-intérêts ont été alloués au mineur. Leur règlement peut s'opérer de diverses manières, soit spontanément par la personne condamnée, soit par voie d'huissier, soit devant la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions pénales (CIVI), soit en faisant appel au Service d'aide au recouvrement des victimes d'infractions (SARVI). Faut-il prévoir des modalités différentes pour chacune d'elles ou tout au moins, obtenir un pouvoir spécial pour la troisième¹, dans la mesure où il s'agit d'introduire une instance civile ? En d'autres termes, l'administrateur ad hoc doit-il être autorisé par le juge des tutelles pour saisir la CIVI ou son mandat initial donné par un juge pénal est-il suffisant ?

Dans la majorité des situations, ce point ne pose aucune difficulté. L'administrateur ad hoc désigné dans le cadre d'une procédure pénale, soit par un juge pénal, soit par le juge des tutelles, poursuit son mandat jusqu'au paiement des dommages-intérêts sans avoir à solliciter une quelconque autorisation du juge des tutelles. Cet arrêt semble légitimer cette action de nature patrimoniale. Cela se justifie également par la finalité de l'action civile qui est de tenter d'obtenir réparation du dommage subi. Il ne suffit donc pas d'obtenir une décision de justice, encore faut-il la faire exécuter.

Cependant, certains magistrats – certes rares – soulèvent le défaut de pouvoir de l'administrateur ad hoc devant la CIVI, bien que sa saisine ait un lien avec la procédure pénale pour laquelle il était précédemment désigné. Cette deuxième procédure en est d'ailleurs le prolongement. Leurs arguments sont les suivants : le rôle de l'administrateur ad hoc est limité à la représentation d'un mineur dans le cadre d'une procédure pénale. Il convient donc pour saisir la CIVI, juridiction civile, de se faire autoriser par le juge des tutelles. Ainsi, désigné précédemment dans le cadre d'une procédure pénale, il doit solliciter un nouveau mandat afin de représenter le mineur devant une instance civile.

En certaines situations, cette limitation est surprenante au regard du libellé des ordonnances de désignation rendues par le juge des tutelles pour intervenir dans une

¹ La réponse de Madame Guigou, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice à la question écrite posée le 20 oct 1997 par Jérôme Cahuzac, semble aller dans ce sens.

procédure pénale. En effet, elles ont une portée large, puisqu'on peut y lire que la mission de l'administrateur ad hoc est non seulement « *de représenter le mineur dans l'ensemble de la procédure (pénale) en cours et devant toute juridiction susceptible d'être saisie de l'affaire* », mais également de « *faire procéder à l'exécution des décisions à intervenir et notamment encaisser les indemnités qui pourraient être allouées à ce mineur et à les placer sur un compte productif d'intérêts bloqué au nom du mineur pour faire ultérieurement et le cas échéant, une requête au Juge des Tutelles concernant un meilleur placement* », ou plus laconiquement de représenter le mineur dans la procédure pénale en cours « *et dans les instances qui en découlent* ». Si cette deuxième motivation peut être interprétée de manière restrictive, c'est-à-dire verticalement en ce sens que le pouvoir de l'administrateur ad hoc est limité aux juridictions pénales d'appel, il en va différemment pour la première, la saisine de la CIVI constituant une des modalités pratiques d'exécution du jugement. Pourquoi en ces cas, exiger que l'administrateur ad hoc soit muni d'un nouveau mandat pour saisir la CIVI ?

Il est demandé à des administrateurs ad hoc, désignés par le procureur de la République sur le fondement des articles 706-50 du Code de procédure pénale, 388-1 et 388-2 du Code civil, d'exercer l'action civile et de protéger les intérêts des enfants « *pour toute affaire les concernant* », notamment dans la procédure pénale et en assistance éducative. Ces désignations ne sont pas conformes au droit en vigueur¹. De plus, cela revient à conférer une sorte de mandat en blanc à l'administrateur ad hoc². Il n'y a pas loin que ce dernier, muni d'un tel blanc-seing, soit à l'origine d'autres procédures qui se grefferaient sur celle initiale, pour laquelle il a été désigné. Par exemple, désigné dans une procédure pénale pour suspicion d'inceste ouverte à l'encontre d'un père sur un enfant qu'il a reconnu, il diligente une procédure civile en contestation de reconnaissance afin de le soustraire à l'autorité paternelle. Le même cas de figure peut trouver application à propos d'un enfant adopté par le mari de sa mère. De même, désigné dans une procédure pénale engagée à l'encontre d'un seul parent, il se constitue partie civile auprès du juge d'instruction, afin de mettre en cause le second parent. Autre possibilité, désigné dans une procédure civile d'action en contestation de filiation légitime, il intente après que ce lien paternel tombe, une action en recherche de paternité. Ces exemples sont loin d'être des cas d'école. Bien qu'ils fassent l'objet d'une pratique marginale, il y a tout lieu de penser que l'administrateur ad hoc dans ces cas d'espèce, abuse de ses prérogatives.

Une fois les dommages-intérêts perçus, l'administrateur ad hoc peut-il se voir conférer mission de les gérer ? L'administration « *ad hoc* » ne déchoit pas les parents de leurs droits et si la juridiction pénale n'a pas prononcé le retrait de l'autorité parentale³, ils

¹ Le procureur ne peut désigner personnellement un administrateur ad hoc que sur le fondement de l'art. 706-50 CPP. Les articles du Code civil ne lui permettent pas de le désigner personnellement. Il ne peut qu'en faire la requête auprès du juge des tutelles. De plus, il ne peut sur ce fondement pénal, désigner un administrateur ad hoc que pour intervenir dans la procédure pénale.

² Avec une telle désignation, se pose notamment, la question de la fin du mandat de l'administrateur ad hoc : à la fin de la procédure pénale ; en fin de toute procédure qu'aurait à connaître ces enfants ; jusqu'à la majorité ?

³ L'article 227-28-2 CPP, inséré par la loi du 12 décembre 2005 a mis fin aux aléas judiciaires. Avant, les articles 378 et 379-1 C. civ. ne pouvaient trouver application que si l'une des parties au procès pénal sollicitait le retrait total ou partiel de l'autorité parentale. C'était une des conditions sine qua non pour que les juges pénaux tranchent sur ce point. Chrysallis a interpellé le législateur sur leur inapplicabilité en raison du silence des représentants du Parquet ; du fait de

conservent l'administration générale du patrimoine de leur enfant et conservent le droit de le représenter pour tous les autres actes civils. Cette mission leur revient de droit.

La réponse faite par le Garde des Sceaux à ce sujet suscite quelques interrogations. Après avoir placé sur un compte bloqué les indemnités allouées, il appartient ensuite à l'administrateur ad hoc « *de signaler au juge des tutelles du domicile des représentants légaux du mineur, la situation de ce dernier afin que, le cas échéant, une décision d'administration spéciale en application de l'article 389-3 du Code civil intervienne. La mission de l'administrateur désigné dans cette hypothèse consistera à gérer les biens du mineur dans son intérêt* »¹. Or, la portée de l'article visé se limite à des biens donnés ou légués.

La mission ponctuelle que les textes lui attribuent s'accommode mal avec cette mission certes limitée mais permanente en tant que gestionnaire. Mais la pratique révèle qu'une telle compétence lui est reconnue par nombre de magistrats².

Ce qu'un parent ne peut faire sans l'autorisation du juge des tutelles, l'administrateur ad hoc ne doit pas pouvoir le faire également. Il semble normal que les mêmes règles s'appliquent à tous deux. Le substitut parental ne doit en aucun cas avoir une position privilégiée. Si on retient le principe qu'il est dans la situation juridique de l'administrateur légal placé sous contrôle judiciaire, il y a lieu de lui appliquer toutes les dispositions qui sont compatibles avec son mandat.

L'application des règles relatives à l'administration légale sous contrôle judiciaire à l'administration « *ad hoc* » demeure en fin de compte limitée en raison de leur inadaptation. Ainsi, **le représentant judiciaire se trouve dans la même situation juridique que le représentant légal mais il n'a pas les mêmes pouvoirs**. Peut-on alors lui appliquer le statut du subrogé tuteur ?

b. Les règles relatives à la tutelle sont-elles applicables à l'administration « *ad hoc* » ?³

L'extension des règles de la tutelle à l'administration légale est un débat ancien dont on peut s'inspirer car il renvoie au débat actuel. Initialement, l'administration légale était condensée dans un seul article du Code civil, ce qui faisait dire à certains que la loi était « *laconique à l'excès* » et à d'autres que l'article 389 constituait « *une sorte de code complet de la matière* ». Aussi, rien ne réglant les conditions dans lesquelles naît, fonctionne et cesse l'administration légale, des politiciens se sont succédé dans le temps pour essayer de combler cette lacune avérée afin de mettre un terme aux controverses irréductibles et à une jurisprudence disparate en la matière.

la mise en cause des parents eux-mêmes, de l'irrecevabilité d'une telle demande émanant de l'administrateur ad hoc, au motif que son mandat est limité à l'action civile, position conforme au droit.

Désormais, il y a obligation pour les juridictions pénales de jugement, saisies d'une infraction pénale à caractère sexuel, commise sur un mineur par son ou ses parents, de se prononcer sur le retrait total ou partiel de l'autorité parentale sur la victime elle-même ainsi que sur ses frères et sœurs.

¹ Question écrite posée le 20 octobre 1997 par le député J. Cahuzac. In Chrysallis infos, Grenoble, mars 1998.

² Cette pratique est courante lorsque l'administrateur ad hoc est le Conseil général et que le mineur lui est confié. Il en est de même lorsque le juge des tutelles fait appel à des associations tutélaires pour exercer des mandats en qualité d'administrateur ad hoc.

³ G. Favre-Lanfray, thèse précitée, n°s 686 à 698.

1. Un débat ancien : l'extension des règles de la tutelle à l'administration légale¹

L'étude des débats parlementaires révèle une certaine résistance politique à légiférer à propos de l'administration légale.

En effet, lors du vote de la loi du 27 février 1880 relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aux interdits, et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur, un membre du Sénat a proposé « *d'étendre dans certains cas au père administrateur légal les règles nouvelles de la tutelle* ». A cette proposition, « *le rapporteur fit observer que la loi en préparation avait pour but unique de régler les pouvoirs des tuteurs, et qu'il serait inopportun de trancher accidentellement la question grave et controversée de savoir quelles sont les obligations du père administrateur légal* ».

Le 26 novembre 1881, le Garde des Sceaux Cazot déposa comme il l'avait promis un projet de loi relatif à l'administration légale du père pendant le mariage. Il proposa une nouvelle rédaction de l'article 389 du Code civil, complété notamment en ces termes « *Le père administrateur ne peut faire aucun acte excédant l'administration des biens de ses enfants mineurs, sans recourir à une autorisation de justice donnée par le tribunal en chambre du conseil* ».

Son projet de loi n'ayant fait l'objet ni d'un examen, ni d'une discussion durant la législature, le nouveau Garde des Sceaux réitéra l'essai le 26 novembre 1885 sans plus de succès, le rapport « *concluant au rejet comme n'étant pas justifié par une utilité démontrée et comme excessif sur certains points* ».

Monsieur Adigard fit une nouvelle tentative le 11 juillet 1907 en proposant que l'article 389 soit complété entre autres par ces termes : « *En cas d'opposition d'intérêts entre le père administrateur légal et son fils, il doit être procédé par le tribunal à la désignation d'un administrateur ad hoc* ». Ce texte fut adopté par l'Assemblée nationale mais la Commission du Sénat estima que les dispositions qu'elle a voté « *étaient encore insuffisantes et fut d'avis qu'il y aurait avantage à résoudre dans leur ensemble les questions relatives à l'administration légale* ».

Ce ne fut qu'au terme de longs débats animés que l'article 389 du Code civil relatif à l'administration légale du père fût complété par la loi du 6-8 avril 1910 en ces termes « *S'il y a opposition d'intérêt entre l'administrateur et le mineur, il est nommé à ce dernier un administrateur ad hoc par le tribunal statuant sur requête en chambre du conseil, le ministère public entendu. Il est procédé de même si le père et la mère, tous deux vivants, sont déchus de l'administration légale, sauf application des dispositions de la loi du 24 juillet 1889 au cas où les deux époux seraient déchus de la puissance paternelle* ».

En définitive, le législateur a seulement prévu la désignation d'un administrateur ad hoc dans une circonstance déterminée. L'absence de législation en matière d'administration légale laisse entier le débat, ce qui a fait dire à Monsieur Violette, qu'« *après plus de cent ans de discussion, il est absolument impossible à qui que ce soit de donner à l'article 389 une interprétation qui puisse, de toute certitude, être sanctionnée par les tribunaux* ».

¹ Ce développement présente un intérêt au regard de notre sujet. Il met en exergue qu'en son temps, l'administration légale a souffert des mêmes maux que rencontre toujours actuellement l'administrateur ad hoc et la réticence des politiques à légiférer en la matière.

Le laconisme de la loi relative à l'administration légale a été interprété de diverses manières. Pour les uns, il n'y avait pas lieu à réglementer différemment deux situations qui ont tant de rapports. Il s'ensuit que les règles de la tutelle étaient applicables à l'administration légale et qu'il allait de soi que l'article 389 du Code civil renvoyait aux articles 450 et suivants de ce même Code.

Pour d'autres, la volonté du législateur était de ne soumettre l'administration légale à aucune restriction dans la mesure où l'enfant ayant ses deux protecteurs naturels, d'une part la mère est là pour contrôler le père administrateur légal; d'autre part, il est rare que l'enfant dispose d'un patrimoine.

D'autres encore, s'ils estimaient que l'administration légale ne pouvait être soumise aux règles de la tutelle car « *ce serait confondre deux situations qui se font antithèse* », ils convenaient toutefois de l'utilité de prendre des précautions contre un abus possible. Ainsi, tout en estimant qu'il n'y avait pas lieu d'assimiler l'administrateur à un tuteur, ils pensaient qu'il était excessif de lui permettre de passer seul tous les actes intéressant le mineur. Pour les actes n'étant pas de pure administration, l'administration légale était considérée comme une sorte de tutelle à laquelle il était « *loisible et logique d'étendre mutatis mutandis, les règles d'assimilation avec celle de la tutelle* ».

Sans aller d'un excès à l'autre, ne peut-on concevoir que, de manière générale, les règles relatives à la tutelle soient inapplicables à l'administration légale et à l'administration « *ad hoc* » qui en découle, et que certaines le soient ?

2. Le débat actuel : l'extension de certaines règles de la tutelle à l'administration « *ad hoc* »

S'il s'est formé pour l'application de l'article 389 du Code civil, une sorte de droit coutumier malheureusement variable d'un tribunal à l'autre, certains auteurs soulignent le fait qu'il y avait tout de même accord pour appliquer certaines règles à l'administration légale, d'autres non. Quant à l'administration « *ad hoc* », elle est comme la tutelle une situation exceptionnelle que connaît le mineur et en tant que telle, elle ne peut exister sans un minimum de règles légales qui l'encadrent. Dès lors, le juge des tutelles peut-il procéder par analogie ?

Le régime de la tutelle est une institution bien cadrée. Elle a fait l'objet d'une attention particulière de la part du législateur et ce, depuis son institution. De nombreuses règles la régissent dans le détail, tandis que l'administration « *ad hoc* » ne fait toujours pas à ce jour, l'objet d'une réglementation. Aussi, la question de savoir si les règles relatives à la tutelle sont applicables à l'administrateur *ad hoc*, s'est posée en pratique à propos de sa désignation, de son pouvoir et de sa responsabilité.

En tout état de cause, dans la mesure où ces deux institutions ne présentent que quelques points communs, l'assimilation ne peut être que sélective. En effet, si l'analogie est « *le moteur de l'assimilation, qui lui permet de proche en proche d'être complété* », elle trouve d'elle-même ses limites quand les situations à comparer cessent d'être voisines.

Tout d'abord, des obstacles existent à la désignation d'un tuteur¹.

Article 395 du Code civil

« Ne peuvent exercer les différentes charges de la tutelle :

*1° Les mineurs non émancipés, sauf s'ils sont le père ou la mère du mineur en tutelle ;
2° Les majeurs qui bénéficient d'une mesure de protection juridique prévue par le présent code ;*

3° Les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée ;

4° Les personnes à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit en application de l'article 131-26 du code pénal. »

Article 445 du Code civil

« Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux ne peuvent exercer une charge curatéliaire ou tutélaire à l'égard de leurs patients »

De plus, le tuteur peut être déchargé des charges tutélaires.

Article 396 du Code civil

« Toute charge tutélaire peut être retirée en raison de l'inaptitude, de la négligence, de l'inconduite ou de la fraude de celui à qui elle a été confiée. Il en est de même lorsqu'un litige ou une contradiction d'intérêts empêche le titulaire de la charge de l'exercer dans l'intérêt du mineur.

Il peut être procédé au remplacement de toute personne à qui une charge tutélaire a été confiée en cas de changement important dans sa situation.»

Article 397 du Code civil

« Le conseil de famille statue sur les empêchements, les retraits et les remplacements qui intéressent le tuteur et le subrogé tuteur.

Le juge des tutelles statue sur ceux qui intéressent les autres membres du conseil de famille.

Une charge tutélaire ne peut être retirée, par celui qui l'a confiée, qu'après que son titulaire a été entendu ou appelé.

Le juge peut, s'il estime qu'il y a urgence, prescrire des mesures provisoires dans l'intérêt du mineur. »

Par contre, aucune incompatibilité n'est prévue pour figurer sur les listes des administrateurs ad hoc. **Une cour d'appel a donné l'agrément à l'épouse du juge d'instruction alors que dans une autre cour d'appel, l'agrément a été refusé à la femme d'un enquêteur.**

Aucun texte ne prévoit la révocation de l'administrateur ad hoc. Seule la radiation de la liste a été envisagée par les décrets du 16 septembre 1999 et du 2 septembre 2003. Elle peut être prononcée chaque année par l'assemblée générale de la cour d'appel :

- ♦ soit à la demande de l'administrateur ad hoc ;

¹ Les textes relatifs à la tutelle ont été modifiés par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (JO du 7), en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

♦ soit à l'initiative des magistrats après observations de l'administrateur ad hoc. La radiation peut être prononcée à titre provisoire en cas d'urgence. La décision est susceptible d'un pourvoi en cassation.

Certains auteurs estiment cependant, bien qu'aucun texte ne le permette expressément, que seul le magistrat qui a procédé à sa nomination peut le destituer¹. Mais dans l'ensemble, les magistrats s'y refusent.

Ensuite, l'administrateur ad hoc a-t-il obligation d'accepter le mandat que lui confie le juge des tutelles ou peut-il refuser et comment ?

La réforme en matière de tutelle n'a pas repris la possibilité pour celui ou celle qui n'est ni parent, ni allié des père et mère du mineur, d'accepter ou de refuser une telle charge. Elle a seulement prévu que le tuteur désigné par le père ou la mère n'était pas tenu d'accepter la tutelle².

L'administrateur ad hoc peut-il alors contester la décision du juge des tutelles le désignant ?

Toute décision de ce magistrat doit être notifiée à tous ceux dont elle modifie les obligations³. C'est le cas en l'espèce de l'administrateur ad hoc. De plus, le recours contre les décisions du juge des tutelles est ouvert aux personnes énumérées à l'article 430 du Code civil. En sa qualité de « tiers », le recours peut être exercé par l'administrateur ad hoc. Il pourrait donc fort bien contester sa désignation émanant du juge des tutelles. Cette possibilité n'est pas envisageable pour les autres magistrats.

Certaines juridictions sont confrontées à un problème crucial de pénurie d'administrateurs ad hoc, conséquence de la difficulté de ces mandats en raison de leur nature particulière et en l'absence de moyens.

Des magistrats obligent certaines personnes à exercer ces mandats, refusant leur démission.

Si dans l'intérêt de l'enfant, on doit impérativement choisir un représentant extérieur à la famille et qu'il n'existe aucune liste, ne pourrait-on pas choisir le Conseil général comme le préconise l'article 411 du Code civil lorsque la tutelle reste vacante⁴ ?

Article 411 du Code civil

« Si la tutelle est vacante, le juge des tutelles la défère à la collectivité publique compétente en matière d'aide sociale à l'enfance.

En ce cas, la tutelle ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur.

La personne désignée pour exercer cette tutelle a, sur les biens du mineur, les pouvoirs d'un administrateur ad hoc légal sous contrôle judiciaire»

Cette tutelle départementale se trouve donc intégrée au droit commun et fonctionne comme l'administration légale sous contrôle judiciaire. Par ailleurs, le juge des tutelles remplace le conseil de famille. A la question initiale, le juge des tutelles peut-il obliger

¹ P. Salvage-Gerest : J.-Cl. civ. 1989, fasc. 2 préc. n° 30.

² Art. 403 C. civ.

³ Art. 1230 CPC.

⁴ Désigner le Conseil général plutôt que le Bâtonnier semble plus conforme à l'intérêt du mineur. Cf arrêt cassation 25 octobre 2005.

le conseil général à exercer des mandats d'administrateur ad hoc, la plupart des magistrats y répondent par l'affirmative.

Quant au pouvoir de l'administrateur ad hoc, suite à la réforme de la procédure d'indemnisation devant la CIVI¹, il est demandé à l'administrateur ad hoc d'accepter ou de refuser la proposition d'offre d'indemnisation lors de la phase transactionnelle. Conformément à la position de la Cour de cassation et au regard de l'article 506 du Code civil, l'administrateur ad hoc ne peut transiger au nom du mineur qu'après avoir fait approuver les clauses de la transaction, en l'occurrence ici, par le juge des tutelles.

En matière de **responsabilité**, la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs précise que « *Tous les organes de la tutelle sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction* »². « *L'action en responsabilité se prescrit par cinq ans à compter de la majorité de l'intéressé* »³.

Si d'ors et déjà, ces dispositions spéciales prévoyant la mise en jeu de la responsabilité de tous les organes de la tutelle n'est pas applicable en l'espèce, l'enfant représenté pourra tout de même engager la responsabilité de son administrateur ad hoc selon les règles générales de droit commun⁴, mais il lui faudra pour cela, soit attendre sa majorité, soit se faire représenter par son administrateur légal⁵.

En définitive, **tutelle et administration « ad hoc » sont deux domaines très cloisonnés et les magistrats se montrent dans l'ensemble assez réticents pour appliquer à la seconde, les règles qui régissent la première**⁶. Transposer les règles de la tutelle à des situations trop atypiques, doit donc être regardé comme abusif.

¹ Loi du 9 mars 2004. Décret du 27 mai 2005 et circulaire du 28 juillet 2005.

² Art. 412 C. civ.

³ Art. 413 C. civ.

⁴ Art. 1382 et suivants C. civ. Cf T. Fossier. *La responsabilité civile dans la protection de l'enfance : le cas de l'administrateur ad hoc*, Gazette du Palais, janvier 2002.

⁵ C'est ainsi que la mère d'un enfant victime a engagé la responsabilité de l'administrateur ad hoc, ce dernier n'ayant pas fait de demande de dommages-intérêts. TI Nantes 16 novembre 2004.

⁶ Pour une application des règles de la tutelle à l'administration « ad hoc », « *Vers un statut de l'administrateur ad hoc ?* » de T. Fossier, précité, p. 23.

TITRE IV – L'indemnisation des administrateurs ad hoc

Si la justice est rendue gratuitement, les moyens de l'obtenir ne le sont pas. La mise en œuvre de ces moyens a un coût. L'exercice de mandats judiciaires peut constituer une lourde charge financière, en raison de la nature des procédures et de leur longueur. Or, pendant longtemps, il n'existait aucun texte particulier prévoyant l'indemnisation de l'administrateur ad hoc. Cette question s'est posée en des termes différents selon que les personnes désignées appartenaient ou non à des administrations publiques ou à des associations subventionnées. Aussi, pour ceux qui n'avaient pas la chance d'être salariés d'une institution ou d'une association exerçant des mandats d'administrateur ad hoc, l'indemnisation de leurs frais constituait un véritable casse-tête juridique. Le débat sur la nature des frais avancés par l'administrateur ad hoc, leur fondement, ne présentait pas un intérêt seulement théorique mais débouchait sur des conséquences pratiques importantes notamment au niveau de sa charge.

Plusieurs pistes ont été explorées reposant sur des textes généraux ou des règles spéciales¹ mais aucun d'eux n'étant adapté à ce système, c'était par une interprétation parfois très large qu'ils étaient appliqués. Il va sans dire qu'un tel tour de force était synonyme de fragilité, pouvant être remis en cause à tout moment.

Désormais, l'administrateur ad hoc agréé² bénéficie d'une indemnité au titre des frais de justice « *pour l'ensemble des frais exposés dans l'exercice de sa mission. Cette indemnité est forfaitaire quel que soit le montant des frais exposés par l'administrateur ad hoc. Ce dernier n'a donc pas à le chiffrer lorsqu'il fait sa demande d'indemnisation. De son côté, l'autorité judiciaire ne peut le majorer ou le minorer* »³.

Mais cette indemnité était dérisoire dans son montant, allant de 50 à 381 euros selon la nature de la procédure. De plus, l'administrateur ad hoc ne pouvait plus prétendre à percevoir l'indemnité accordée aux témoins et aux jurés⁴.

La Cour des Comptes a critiqué l'obsolescence des tarifs en vigueur et a précisé que ce niveau insuffisant risquait « *d'engendrer une baisse de la qualité des prestations, voire une pénurie de prestataires* », dont les administrateurs ad hoc⁵.

En mars 2007, dans un contexte de réduction du poste « *frais de justice* », devenus limitatifs sous l'empire de la LOLF en vigueur le 1^{er} janvier 2006, le garde des Sceaux, ministre de la Justice, précisait qu'il fallait « *aussi, que l'institution judiciaire sache rémunérer à leur juste valeur les prestations qui lui sont fournies par des experts de très grande qualité.* » Ainsi, il a donné des instructions pour que dès cette année, soit

¹ Au titre des **dépens** en tant qu'accompagnateur de tout enfant de moins de 16 ans : indemnité de comparution et remboursement des frais de voyage et de séjour, sur justification. Indemnité de droit dès lors qu'elle est demandée et elle est à la charge de l'Etat.

Au titre des **frais irrépétibles** : frais exposés, non compris dans les dépens. Indemnité à la charge de la partie condamnée. Prise en compte par le magistrat de l'équité et de la situation économique de la partie condamnée.

² Le principe du bénévolat demeure lorsque l'administrateur ad hoc désigné est un proche de l'enfant ou choisi au sein de la famille.

³ Guide méthodologique : L'administrateur ad hoc, précité p. 40.

⁴ Art. R 130 CPP.

⁵ La gestion des frais de justice, Rapport de la Cour des comptes, p.465.

notamment étudié la revalorisation, notamment des **administrateurs ad hoc**¹. Cette revalorisation est acquise depuis septembre 2008².

En outre, l'administrateur ad hoc peut prétendre au remboursement de ses frais de déplacements en sus de cette indemnité forfaitaire. Si le montant des frais est supérieur à l'indemnité forfaitaire, « *il lui reste ouverte la voie de droit commun au titre des frais irrépétibles.* »³.

A. Les frais de justice

« *Les frais de justice sont les dépenses que l'Etat prend en charge ou dont il fait l'avance, en contrepartie d'une prestation prescrite par un magistrat (...) dans le cadre d'une procédure judiciaire déterminée* »⁴

Au regard des trois mandats qui peuvent être confiés aux administrateurs ad hoc, des règles communes leur sont applicables pour certains points ; des règles sont spécifiques pour d'autres. Cela tient au fait que le fondement de l'indemnité due à l'administrateur ad hoc diffère selon la nature de la procédure, plus précisément selon le texte servant de fondement à sa désignation.

Il s'ensuit que l'indemnité spécifique allouée à l'administrateur ad hoc repose sur deux catégories de dépenses visées aux articles R 92 et R 93 du Code de procédure pénale.

a. L'indemnité au titre de l'article R.92-21° du Code de procédure pénale

Les frais engagés pour l'exercice des mandats pénaux constituent des « *frais de justice* ».

Article R 92- 21° du Code de procédure pénale

« *Les frais de justice criminelle, correctionnelle et de police sont (...) Les frais des administrateurs ad hoc lorsqu'ils figurent sur la liste prévue à l'article R. 53 ou qu'il a été fait application des dispositions de l'article R. 53-6 ;* »

L'article R 216 du Code de procédure pénale répond désormais à une certaine équité. En effet, l'indemnisation tient compte de la nature de la procédure (correctionnelle, criminelle) et de ses différentes phases (enquête, instruction, audience en 1^{ère} instance, appel) d'une part, et supprime l'indemnisation réduite de 50 % à compter du deuxième enfant d'une même fratrie⁵ d'autre part. C'est ce qui se fait pour les avocats au titre de l'aide juridictionnelle. Par ailleurs, le montant de l'indemnisation des mandats pénaux ne tient plus compte du texte servant de fondement à la désignation de l'administrateur ad hoc.

Enfin, si l'administrateur ad hoc n'a pas pu exercer son mandat pour des raisons indépendantes de sa volonté, il a droit à une indemnité de carence d'un montant de 50 euros quelle que soit la nature de son mandat.

¹ Discours de Pascal Clément, Journée des référents « frais de justice » des cours d'appel, 21 mars 2007.

² Décret n° 2008-764 du 30 juillet 2008 relatif au recouvrement des amendes forfaitaires et à certains frais de justice criminelle ou assimilés (JO du 3 août) - Arrêté du 2 septembre 2008 relatif aux frais de justice criminelle en matière de médecine légale, de traduction, d'interprétation et d'administration ad hoc (JO du 11).

³ L'administrateur ad hoc, Guide méthodologique précité, p.40.

⁴ La gestion des frais de justice, rapport précité.

⁵ Ce qui dans les faits, correspond à une prise en charge individuelle des enfants victimes.

Le bénéfice d'une demande de provision auprès du juge d'instruction a été maintenu. La procédure n'a pas été modifiée, seulement son montant qui est passé à 250 euros¹. Les frais de justice sont à la charge de l'Etat et sans recours envers les condamnés².

Mais cette réforme aura besoin d'être accompagnée en matière pénale, pour son application. En effet, on peut souligner des disparités, des oublis, des incohérences, des zones d'ombre et des ambiguïtés.

Déjà se pose en pratique la question de la date d'effet de la revalorisation des mandats. Doit-on toujours prendre en compte la date de la désignation de l'administrateur ad hoc ou la date de publication de l'arrêté au Journal Officiel ?³ Il est précisé que les **nouveaux tarifs «sont applicables aux missions réalisées sur réquisitions prises à compter de la date de publication de l'arrêté susvisé. (11 septembre 2008)»⁴**. Le nouveau barème serait applicable pour toutes les missions qui s'achèvent après cette date. Les réquisitions visées sont celles du mémoire ou état qu'exige la procédure de paiement des frais de justice. Il ne s'agit pas de la décision désignant l'administrateur ad hoc. De plus, l'article R.216 du Code de procédure pénale ne fait plus référence à la qualité du juge mandant pour déterminer le montant de l'indemnité mais aux phases de procédure (enquête, instruction, audience). **C'est donc la date de la fin du mandat qui devrait être prise en compte pour l'application du nouveau barème⁵.**

Mais dans la mesure où il ne s'agit plus d'une indemnisation forfaitaire pour l'intégralité du mandat mais d'une indemnisation séquentielle par phase de procédure, l'administrateur ad hoc doit-il toujours attendre la fin de son mandat pour être indemnisé ou peut-il le faire au fur et à mesure de l'avancée de la procédure ? L'esprit de la réforme suggère la deuxième option.

En ce cas, se pose un autre problème. Avant la réforme de 2008, la demande d'indemnisation faite par l'administrateur ad hoc, coïncidait avec l'envoi du rapport au magistrat mandant dans les trois mois de l'achèvement de sa mission⁶. C'était une sorte de contrôle a posteriori du mandat. Désormais, en l'absence de précision, l'administrateur ad hoc devra probablement adresser un mémoire aux fins d'indemnisation à la fin de chaque phase du processus pénal au magistrat chargé de l'affaire. **Cette réforme aurait du s'accompagner d'une modification de l'article R. 53-8 du Code de procédure pénale afin d'exiger non plus un seul rapport en fin de mission mais un à chaque phase du processus pénal.**

Les procédures devant la CIVI⁷ et la Cour de cassation ont été exclues. De même, l'audience devant la cour d'assises n'est pas visée, seulement la cour d'assises des mineurs. Comment interpréter « *pour une fonction d'accompagnement du mineur à*

¹ L'administrateur ad hoc doit en faire la demande six mois au moins après sa désignation en joignant un rapport récapitulatif des démarches effectuées et les formalités accomplies. Art. R 216-1 CPP.

² Art. 800-1 CPP.

³ Le service centralisateur des frais de justice du TGI de Grenoble a pris en compte la date de désignation de l'administrateur ad hoc (2007) pour lui refuser d'appliquer le nouveau barème.

⁴ En nota de tous les articles concernés.

⁵ Une enveloppe de 409 millions d'euros a été allouée au titre des frais de justice pour 2009. Cette enveloppe devrait permettre d'absorber le coût de la revalorisation tarifaire, notamment des administrateurs ad hoc. Projet de loi de finances 2009.

⁶ Art. R. 53-8 CPP.

⁷ La représentation du mineur est obligatoire alors que l'assistance d'un avocat est facultative.

l'audience»? Faut-il que le mineur soit présent à l'audience pénale pour que l'administrateur ad hoc puisse bénéficier de l'indemnité prévue en ce cas ?

b. L'indemnité au titre de l'article R.93-21° et 22° du Code de procédure pénale

Les frais engagés pour l'exercice des mandats civils et administratifs sont assimilés aux frais de justice criminelle, correctionnelle et de police.

Article R 93-21° et 22° du Code de procédure pénale

« Sont, en outre, assimilés aux frais de justice criminelle, correctionnelle et de police, les dépenses qui résultent (...)

21° Les frais des administrateurs ad hoc désignés en application des articles 388-2 et 389-3 du code civil, lorsqu'ils figurent sur la liste prévue à l'article R. 53.

22° Des indemnités des administrateurs ad hoc désignés pour assurer la représentation des mineurs étrangers isolés en application des dispositions prévues à l'article R. 111-20 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. »

Les frais engagés pour l'exercice des **mandats civils** sont prioritairement à la charge de la partie condamnée aux dépens, c'est-à-dire celle qui a perdu le procès. *« En l'absence de condamnation aux dépens, les frais sont recouvrés contre la partie indiquée par le juge qui a désigné l'administrateur ad hoc. »*¹.

Pour leur paiement et leur recouvrement, il appartient au Trésor public de régler l'administrateur ad hoc et ensuite de recouvrer les frais de cette indemnisation auprès de la partie condamnée aux dépens ou auprès de la partie indiquée par le magistrat mandant. Cette procédure garantit l'administrateur ad hoc d'être indemnisé de ses frais. Il ne lui appartient pas de demander directement à un tiers, le remboursement de ses frais. Par ailleurs, il appartient au Trésor de recouvrer l'avance faite à l'administrateur ad hoc afin qu'elle ne reste pas à la charge définitive de l'Etat.

La pratique révèle une méconnaissance des textes en la matière, sur le montant dû, la qualité du débiteur et sur la procédure d'indemnisation.

Par contre les indemnités forfaitaires des administrateurs ad hoc chargés de représenter et d'assister les **mineurs étrangers isolés** sont à la charge de l'Etat².

Seul l'administrateur ad hoc désigné sur le fondement des articles du Code civil n'est pas obligé de produire un rapport de fin de mission au juge mandant. La réponse réside dans le fait que c'est le seul mandat qui n'est pas à la charge de l'Etat.

Bien que cette indemnité forfaitaire au titre des frais de justice soit de droit pour l'administrateur ad hoc lorsque les conditions sont réunies³, il lui faut parfois,

¹ Art. 1210-3 CPC.

² Art. R. 111-22 CESEDA.

³ Pour la liquidation et le paiement des frais de justice, le circuit est lourd et complexe. Les règles de la liquidation et du paiement diffèrent selon la nature de la dépense en cause (soumise à certification par un greffier ou taxation par un magistrat), son montant (inférieur ou supérieur à 2000 €), l'identité du souscripteur (siège ou parquet), l'existence ou non d'une régie dans la juridiction dépensière. Cette complexité, dont les justifications manquent de clarté, n'est pas toujours maîtrisée par les magistrats ou fonctionnaires eux-mêmes.

Le délai estimé entre la réception d'un mémoire et son paiement varie entre un et deux mois pour les petites juridictions et entre un et trois mois pour les juridictions les plus importantes ; il peut atteindre ponctuellement six mois à un an, voire plus.

consacrer beaucoup de temps, d'énergie et d'argent pour la percevoir¹. Le recours est parfois nécessaire notamment pour interrompre le délai de prescription².

B. Les frais de déplacement

La réforme 2008 a innové en instituant en sus de l'indemnité forfaitaire au titre des frais de justice, le remboursement des frais de déplacement et ce, pour tous les mandats.

Les frais de déplacement des administrateurs ad hoc seront calculés dans les conditions fixées pour les déplacements des personnels civils de l'Etat pour le ministère de la justice. Si l'on se réfère à l'arrêté du 8 décembre 2006³, sont compris les frais de transport⁴ ainsi que les frais de séjour⁵.

La prise en charge des frais de déplacement suscite de nombreuses interrogations quant à sa mise en œuvre, voire un certain scepticisme, au regard des difficultés que nombre d'administrateurs ad hoc rencontrent déjà pour percevoir l'indemnité au titre des frais de justice, procédure bien balisée, mais également lorsque le débiteur est le ministère de la justice lui-même⁶.

Outre cette indemnisation forfaitaire propre aux administrateurs ad hoc, tout justiciable peut demander le remboursement de ses frais sur un autre fondement, notamment au titre des frais irrépétibles.

C. Les frais irrépétibles

En 1975, le législateur a donné aux plaideurs la possibilité d'obtenir en sus des dépens, le remboursement de l'intégralité de leurs frais et débours, au nom de l'équité et ce, sur plusieurs fondements.

Les retards de paiement sont préjudiciables aux prestataires qui peuvent, pour certains, renoncer à travailler pour le compte du ministère de la justice.

Aussi, le ministère de la justice a élaboré un nouveau circuit de la dépense, qui est en expérimentation dans cinq cours d'appel (Amiens, Grenoble, Nîmes, Pau et Versailles) depuis le début de l'année 2008. Ce service de traitement des frais de justice centralise tous les mémoires dès leur arrivée dans la juridiction et jusqu'à leur mise en paiement. Rapport Cour des comptes précité, pp. 469 à 471.

¹ Les délais de paiement vont de quelques semaines à plusieurs années.

² L'administrateur ad hoc dispose « d'un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis » pour se faire indemniser (Loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics). En d'autres termes, au-delà de ce délai, l'administrateur ad hoc ne peut plus faire valoir sa créance auprès de l'Etat, même si le défaut de paiement n'est pas de son fait. Cependant, cette prescription est interrompue par toute demande de paiement, toute réclamation écrite et tout recours devant une juridiction. D'où l'importance de se ménager des écrits et d'être insistant.

Chrysallis a exercé un recours contre une ordonnance de taxe. La Cour a jugé que les termes de l'article R 216 CPP sont clairs et univoques ; le juge taxateur n'a le pouvoir de réduire ladite allocation qu'au seul cas, à l'exclusion de tout autre, de protection par l'administrateur ad hoc, de plusieurs mineurs d'une même fratrie ; l'inexécution de la mission impartie ayant pour seule sanction financière le non-paiement de l'allocation forfaitaire. Bien que la chambre de l'instruction lui ait donnée raison, le paiement de l'indemnité a tardé : la Régie ne savait pas si elle pouvait régler directement au vu de l'arrêt ou après que le magistrat mis en cause taxe un nouveau mémoire.

³ Arrêté du 8 décembre 2006 fixant les conditions et les modalités de règlement des frais occasionnés par les déplacements des personnels civils de l'Etat pour le ministère de la justice.

⁴ L'indemnité kilométrique retenue est moins avantageuse que le barème fiscal soit près de 2 fois moins.

⁵ L'agent est remboursé aux frais réels sur présentation des justificatifs de dépenses et dans la limite des taux plafonds.

⁶ Pour obtenir le remboursement de ses frais de mission dans le cadre de la participation au groupe de travail à la Chancellerie, Chrysallis a vu ses remboursements tronqués par rapport à la lettre de mission signée du secrétariat général et après deux ans de relances.

L'article 700 du Code de procédure civile prévoit que dans toutes les instances, la partie condamnée aux dépens, ou à défaut la partie perdante, paie à l'autre partie les frais qu'elle a dû exposer et non compris dans les dépens. L'article 695 du Code de procédure civile donne une liste des dépens. Ils comprennent les frais de procédure taxés dus aux avocats et aux officiers publics ou ministériels, la rémunération de certaines personnes telles que l'expert ou l'avocat, les débours et les indemnités de témoins.

De même, les articles 216, 375 et 475-1 du Code de procédure pénale prévoient que l'auteur de l'infraction paie à la partie civile les frais qu'elle a exposés et qui n'ont pas été réglés par l'Etat.

Plus généralement, l'article 43 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique permet au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, de demander au juge que la partie condamnée aux dépens ou la partie perdante qui ne bénéficie pas de l'aide juridictionnelle, lui paie les frais qu'elle a exposé.

Les frais irrépétibles sont donc des frais qui restent en fin de compte à la charge d'une partie. La jurisprudence a précisé à plusieurs reprises que l'indemnité prévue comporte un fondement juridique et un objet distincts de ceux des dépens et ne doit pas se confondre avec les dommages-intérêts¹.

Les textes relatifs aux frais irrépétibles sont de portée générale. Ils ne se limitent pas au remboursement des frais d'avocat mais concernent les frais non compris dans les dépens². De ce fait, ils rentrent par déduction dans la catégorie des frais irrépétibles, puisque ce sont par définition les sommes effectivement payées, non récupérables au titre des dépens et qui ont un lien avec la procédure.

Les frais de représentation de l'enfant, non pris en charge par l'Etat ou par une partie au procès, entrent sans aucun doute dans la catégorie des frais irrépétibles.

Mais pour que l'administrateur ad hoc puisse bénéficier de cette indemnité, il doit avoir la qualité de partie à la procédure. La **Cour de cassation** a précisé dans un cas d'espèce, que l'administrateur légal d'un mineur, en se constituant partie civile au nom de celui-ci, victime d'une infraction, devient personnellement partie au procès; il a la qualité de partie civile au sens notamment de l'article 335 du Code de procédure pénale³. Plus tard, elle a confirmé cette position en disant que la mère d'un mineur, intervenant en qualité d'administrateur légal de la victime, devient partie civile⁴. Ces règles doivent sans conteste s'appliquer en cas de substitution de représentant. C'est la même action civile qui est faite au nom du mineur, seul son représentant change.

Lorsque le mineur est représenté par un administrateur ad hoc, il apparaît dans la procédure en qualité de partie civile au même titre que le mineur qu'il représente⁵. Dès lors, **rien ne s'oppose d'un point de vue juridique, à ce que les administrateurs ad hoc bénéficient de l'indemnité au titre des frais irrépétibles, au même titre que le représentant légal du mineur**⁶.

¹ Cass. 2ème civ. 15 février 1984 - 3ème civ. 26 avril 1984 - 2ème civ. 5 novembre 1986 - Versailles, 25 janvier 1988.

² CA Paris, 30 juin 1994.

³ Cass. crim 14 décembre 1976.

⁴ Cass. crim. 16 décembre 1992.

⁵ C'est à tort que l'avocat d'un administrateur ad hoc a demandé que le huis clos ne lui s'applique pas. Contre toute attente, les magistrats de la cour d'assises ont délibéré sur cette demande.

⁶ *L'administrateur ad hoc*, Guide méthodologique précité, p. 40.

Le fondement de l'indemnité au titre des frais irrépétibles est double : « *l'équité* » et « *la situation économique de la partie condamnée* ». Mais la décision doit reposer sur un seul. La conjonction de coordination « *ou* » ne permet pas le doute. Le juge pénal comme le juge civil doit nécessairement choisir entre deux parties au procès. Mais ces deux fondements ne semblent pas à égalité. Selon la formulation des textes, l'équité doit s'effacer face à une situation économique désastreuse. Dès lors, l'autorité judiciaire doit avant tout considérer la situation financière de la partie condamnée avant de faire droit à la demande d'indemnité de la partie civile. Elle a « *un pouvoir souverain d'appréciation de l'inéquitable* »¹, ce qui revient à statuer selon sa conscience². Si le tribunal fait droit à sa demande d'indemnisation au titre des frais irrépétibles, l'administrateur ad hoc peut se trouver confronté à un autre problème : celui de son recouvrement, notamment en cas d'insolvabilité du débiteur. Désormais, il peut tenter d'en obtenir le paiement auprès du service d'aide au recouvrement des victimes d'infractions (SARVI)³.

Le remboursement de ces frais de représentation au titre des frais irrépétibles, sur le fondement des articles 700 du Code de procédure civile, 216, 375 et 475-1 du Code de procédure pénale, ne doit pas se confondre avec les sommes que peut demander l'avocat sur le fondement de l'article 37 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique⁴.

Article 37

« En toute matière, l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle partielle ou totale peut demander au juge de condamner la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès, et non bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, à lui payer une somme au titre des honoraires et frais, non compris dans les dépens, que le bénéficiaire de l'aide aurait exposés s'il n'avait pas eu cette aide.

Si le juge fait droit à sa demande, l'avocat dispose d'un délai de douze mois à compter du jour où la décision est passée en force de chose jugée pour recouvrer la somme qui lui a été allouée. S'il recouvre cette somme, il renonce à percevoir la part contributive de l'Etat. S'il n'en recouvre qu'une partie, la fraction recouvrée vient en déduction de la part contributive de l'Etat.

Si, à l'issue du délai de douze mois (...), l'avocat n'a pas demandé le versement de tout ou partie de la part contributive de l'Etat, il est réputé avoir renoncé à celle-ci.

Dans la première situation, le bénéficiaire est une partie au procès et il s'agit de rembourser les frais qui restent à sa charge. Dans la deuxième situation, le bénéficiaire est l'avocat. La finalité est de faire supporter la charge effective des frais d'avocat à une partie au procès plutôt qu'à l'Etat et à faire bénéficier l'avocat d'une juste rémunération.

¹ Cass. 2ème civ. 27 janvier 1982 - Civ. 3ème 22 juin 1982.

² Il est intéressant de noter que le mot anglais « *Equity* » désigne un système de droit anglais, né au XIVe siècle, qui consiste en un recours à l'équité des juges, par opposition à la Common Law. Ainsi, lorsque les tribunaux appliquant la Common Law fonctionnaient mal ou si leur jugement paraissait injuste, le plaideur pouvait faire appel auprès du souverain.

³ Institué par la loi n° 2008-644 du 1^{er} juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines.

⁴ Article modifié par l'ordonnance n° 2005-1526 du 8 décembre 2005 (JO du 9).

La demande faite par l'administrateur ad hoc ne doit pas non plus se confondre avec le remboursement de la contribution versée par l'Etat à l'avocat de la partie civile au titre de l'aide juridictionnelle conformément à l'article 48¹ de la loi du 10 juillet 1991.

Article 48

« Lorsque le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est partie civile au procès pénal, la juridiction de jugement met à la charge du condamné le remboursement de la contribution versée par l'Etat à l'avocat de la partie civile au titre de l'aide juridictionnelle. Toutefois, pour des considérations tirées de l'équité ou de la situation économique du condamné, le juge peut le dispenser totalement ou partiellement de ce remboursement ».

Le bénéficiaire est là aussi l'avocat. La finalité est de faire prendre en charge les honoraires de l'avocat de la partie civile par la partie condamnée et non par l'Etat. Il n'appartient pas à l'avocat d'en faire la demande. L'initiative doit venir de la juridiction pénale.

Les réformes récentes de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique tendent à faire supporter le plus possible à une partie au procès les frais inhérents à l'assistance et à la représentation par voie d'avocat. Aussi, lorsque l'indemnisation des frais engagés par l'administrateur ad hoc pour exercer son mandat est insuffisante, c'est à bon droit qu'il peut en demander le remboursement complémentaire à une partie au procès au titre des frais irrépétibles.

Les textes opèrent une distinction très nette entre la « rémunération » de l'avocat et « l'indemnisation » du représentant judiciaire.

Mais en aucun cas, ces frais doivent être supportés par la victime mineure, en prélevant un pourcentage sur le montant des dommages-intérêts qui lui ont été alloués comme cela se pratique dans certains barreaux.

En résumé, toutes ces demandes reposent sur des fondements différents. Pour éviter toute confusion, il convient qu'elles soient précisées à l'audience entre ce que demande l'administrateur ad hoc en sa qualité de partie à la procédure et ce que demande l'avocat.

¹ Article modifié par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 (JO du 5), en vigueur le 1^{er} mars 1993.

TITRE V – Discussion et préconisations

La législation relative à la représentation « *ad hoc* » du mineur, étant pléthorique sur un point et lacunaire pour le reste, elle s'avère en fait complexe, confuse et propice aux abus. En effet, le dispositif législatif actuel est le suivant. D'un côté, nous pouvons « *déplorer l'incohérence législative qui n'a pas su harmoniser le droit commun et les règles d'exception* ». De l'autre, le système souffre d'une absence de textes concernant des points importants incontournables, ce qui rend le système hétérogène. Or, il gagnerait à être uniformisé et cadré car s'il est nécessaire de fixer des paramètres, de poser des balises pour éviter tout abus, il est tout aussi important d'imposer les mêmes règles pour éviter toute inégalité.

Le système actuel souffrant à la fois d'une inflation et d'une absence de textes, il conviendrait de procéder à un « *véritable toilettage de la législation en vigueur* »¹ et de parachever le travail entrepris en créant du droit là où il fait cruellement défaut.

A. La désignation de l'administrateur ad hoc

De l'exposé du rapport, on peut noter que le cadre juridique actuel manque de clarté, notamment en matière civile et pénale ; une absence de règles d'incompatibilité ; un défaut de motivation des décisions et une absence d'information du droit au recours².

a. Manque de clarté du cadre juridique

Plusieurs textes très différents peuvent fonder la désignation d'un administrateur ad hoc. Certains, spécifiques à un domaine particulier ont une portée restreinte; les autres au contraire, de par leur portée générale, peuvent trouver application à toute situation. La coexistence de ces textes généraux et d'exception entraîne d'autres conséquences telles que la variabilité du contenu du mandat. A situation identique, solutions plurielles. De plus, le droit commun accordant plus d'avantages aux mineurs, il est « *permis de s'interroger sur l'utilité de conserver des règles d'exception* »³.

Pour tendre à une unicité, ne peut-on dès lors, envisager l'idée de ne retenir qu'un seul texte qui pourrait fonder la désignation de l'administrateur ad hoc aussi bien en matière pénale que civile, voire administrative ? Reste à déterminer lequel et son contenu.

¹ Actes « *Réflexion sur l'administrateur ad hoc* », Association Enfant Droit, 24 novembre 1998, Marseille.

² Depuis le décret du 16 septembre 1999, les représentants légaux ont la possibilité de contester la désignation de l'administrateur ad hoc, ce qui suppose au préalable, la notification de la décision. Nombre de parents ne se sont pas constitués partie civile au nom de leur enfant ou n'ont pas fait appel de la désignation d'administrateur ad hoc, par ignorance. Afin d'éviter des désignations abusives et permettre aux parents d'exercer un droit qui leur est donné, il serait souhaitable de modifier la pratique judiciaire, à savoir : faire en sorte que dès la plainte de la victime ou le signalement fait par un tiers, les parents soient informés très précisément de leurs obligations - qu'avant toute désignation d'administrateur ad hoc, les magistrats aient pris soin de les rencontrer pour les leur rappeler ; pour demander leur position ; pour les informer qu'en cas d'inaction de leur part, ils seront dans l'obligation de désigner un administrateur ad hoc à leur enfant en leur expliquant la mission qui sera dévolue à ce représentant ; en leur laissant éventuellement un délai de réflexion.

³ C Neirinck, Les Petites Affiches, 3 mai 1995, p. 80.

1. La disposition pénale

En 1998, le législateur a abrogé l'article 87-1 du Code de procédure pénale et lui a substitué l'article 706-50 du Code de procédure pénale tout en modifiant et son libellé et sa place dans le Code. On ne peut que regretter qu'il ne l'ait pas purement et simplement supprimé.

Tout d'abord, il a une portée limitée aux seules infractions commises volontairement à l'encontre d'un mineur et à l'action civile par voie d'intervention devant une juridiction pénale. Le mineur victime n'est pas à égalité avec une victime, majeure. Aussi, les dispositions du Code civil étant applicables lorsque les conditions légales du texte pénal ne sont pas réunies, on peut fort bien envisager leur application en toutes circonstances, sans distinguer selon la nature de l'infraction.

Ensuite, de ce texte pénal découle une condition procédurale impérative et générale, à savoir le principe de la représentation du mineur pour exercer l'action civile. Mais ne fait-il pas double emploi avec l'article 389-3 du Code civil qui pose le principe de l'exercice des droits par voie de représentation lorsqu'aucun texte légal ou l'usage autorise le mineur à agir lui-même ? En l'espèce, aucun texte ne confère expressément au mineur victime, le pouvoir d'exercer seul les droits reconnus à la partie civile ou de mandater son propre avocat.

Enfin, dans la mesure où la Cour de cassation admet la possibilité de désigner un administrateur ad hoc dans le cadre d'une procédure pénale en application des dispositions du Code civil¹, cela nous invite à nous interroger sur la pertinence de maintenir cette disposition pénale. Mais **sa suppression ne peut s'envisager purement et simplement** en raison de la réticence de certains juges pénaux à fonder leur désignation d'administrateur ad hoc sur un texte civiliste.

2. Les dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile

En matière administrative, les articles L.221-5 et L.751-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile constituent le fondement de la désignation de l'administrateur ad hoc auprès des mineurs étrangers isolés se trouvant dans deux situations : lors de leur entrée en zone d'attente ou à l'occasion de la formulation d'une demande d'asile. En opérant cette avancée certes significative, le législateur a cependant omis purement et simplement d'envisager la représentation ad hoc des mineurs étrangers déjà présents sur le territoire mais ne sollicitant pas l'asile.

Or, l'on ne saurait ignorer que l'on touche en la matière à un sujet extrêmement sensible. Depuis ces dernières années, la politique nationale et européenne en matière d'immigration a d'ailleurs fait l'objet de nombreux remaniements, engageant ainsi le pays vers une fermeture de plus en plus hermétique de ses frontières. Le phénomène des sans papiers est indéniable et l'étranger en situation irrégulière fait même l'objet d'un statut juridique propre. Le caractère illégal de leur séjour, sans titre en règle, leur interdit ainsi de bénéficier de la plupart des droits, notamment celui de travailler.

A contrario, le mineur étranger isolé ne s'est pas vu attribuer de véritable statut juridique. Les procédures qui leur sont applicables sont guidées par la difficile

¹ Cass. 1^{ère} civ. 25 octobre 2005.

conciliation entre protection de l'enfance et législation applicable aux étrangers et demandeurs d'asile. Aussi, reconnaître l'existence de mineurs étrangers ayant échappé aux mailles du filet et se trouvant à errer seul sur le territoire n'est ainsi pas pris réellement en considération par les politiques actuelles, ce qui est indéniablement regrettable au regard des dangers notamment liés aux réseaux mafieux dont ils constituent une proie facile.

Le mineur se trouvant ainsi sans protection sur le territoire ne sera cependant pas expulsé puisque selon l'article 511-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile, aucune mesure d'éloignement ne pourra être prononcée contre lui jusqu'à sa majorité. Pour obtenir des moyens de survie et surtout bénéficier de la prise en charge accordée à tout mineur sur le territoire français¹, il devra lui-même ou par le biais d'une association, faire la démarche de saisir un magistrat. Le juge des enfants sera par conséquent compétent pour prononcer une mesure de protection à laquelle le mineur a droit aux termes de l'article 1 de la loi réformant la protection de l'enfance du 5 mars 2007. Sa situation juridique devrait donc en théorie renvoyer à l'ouverture d'une tutelle d'Etat paraissant peu appropriée en raison de la particularité de sa situation. En outre, puisqu'il se trouve hors d'une zone d'attente et qu'il ne sollicite pas l'asile, il ne pourra pas bénéficier de la représentation et de l'assistance d'un administrateur ad hoc en l'attente du prononcé d'une mesure de tutelle, puisque comme nous l'avons déjà envisagé, le recours à l'article 388-2 du Code civil serait en l'espèce, inapproprié.

Cette regrettable omission est révélatrice du flou encadrant la mission de l'administrateur ad hoc qui n'est envisagé qu'à des fins de représentation et d'assistance juridique. Comme le souligne France Terre d'Asile, « *trop souvent la situation des mineurs n'est appréhendée que sous l'angle juridique et uniquement au regard des textes régissant l'entrée et le séjour des étrangers en France* ». Or, l'on ne saurait nier le rôle crucial que peut opérer l'administrateur ad hoc en tant que médiateur et coordinateur entre les différents acteurs intervenant auprès du jeune, qu'ils soient institutionnels ou associatifs, afin de lui faire bénéficier de la meilleure prise en charge possible. C'est à lui également que revient l'épique tâche de mettre en contact le jeune avec les potentiels membres de sa famille présents sur le territoire, et à défaut d'effectuer des recherches auprès des autorités du pays d'origine.

Sa mission étant guidée par la recherche de l'intérêt de l'enfant, il est nécessaire que le législateur prenne en considération la situation du mineur dans sa globalité. En effet, au regard de la typologie élaborée par Angelina Etiemble, tous les mineurs étrangers isolés ne sont pas mandatés par leurs parents ou ne recherchent pas la protection de l'Etat français en raison de persécutions subies dans leurs pays d'origine. Certains ont quitté leur domicile familial en raison de relations conflictuelles, et d'autres étaient déjà considérés en errance avant même d'arriver sur le territoire. L'ouverture d'une tutelle ne saurait donc être adaptée à leur besoin de réintégration auprès de leur famille et/ou de leur société et c'est pourquoi le mécanisme de la représentation « *ad hoc* » semble mieux correspondre à leur intérêt puisque

¹ Aux termes de l'article 1 de la loi réformant la protection de l'enfance du 5 mars 2007, le mineur se trouvant sur le territoire en l'absence de ses représentants est considéré en situation de danger et bénéficie à ce titre du droit à la protection des services de l'ASE.

l'administrateur ad hoc n'est là que pour répondre à un besoin ponctuel, pour un temps limité et une mission donnée. En travaillant en lien avec les différents partenaires institutionnels et associatifs, il sera mieux à même de trouver la meilleure mesure de prise en charge possible, adaptée à la situation du mineur. Selon cette logique, il semblerait donc opportun de modifier la loi du 4 mars 2002 afin d'étendre le bénéfice de la représentation « *ad hoc* » à tous les mineurs étrangers isolés présents sur le territoire ou à la frontière, qu'ils soient ou non demandeurs d'asile et d'envisager l'exercice du mandat de l'administrateur ad hoc sous la dimension de la protection de l'enfance. Mais cette avancée législative ne pourra se faire qu'en parallèle de la reconnaissance d'un véritable statut juridique du mineur étranger par les autorités décisionnaires, et donc de la prédominance de la qualité de mineur en danger sur celle d'étranger comme tel est encore le cas actuellement.

La nécessaire révision des textes fondant la désignation d'un administrateur ad hoc dans le cadre des mandats pénaux et administratifs réglant des situations particulières étant acquise, reste à appréhender les deux dispositions du Code civil ayant une portée générale.

3. Deux dispositions civiles de portée générale

Entre l'article 389-3 du Code civil et l'article 388-2 du même Code, plus de quatre-vingts ans les séparent et il y a consensus pour dire que ces deux articles sont partiellement redondants et posent des problèmes de coordination entre eux.

L'article 389-3 du Code civil exige l'existence d'une opposition d'intérêts entre un seul administrateur légal et l'enfant. Or, ce texte est inadapté à la législation actuelle, le mineur ayant en principe deux administrateurs légaux¹. Mais tous les actes juridiques ne nécessitent pas forcément l'accord des deux parents². Ainsi, l'article 389-3 du Code civil se montre adapté en certaines circonstances mais permet d'exclure plus facilement le second administrateur légal.

Par contre, **l'article 388-2 du Code civil** se montre plus respectueux envers les droits des deux représentants légaux. Cependant, il exige comme condition d'application qu'une procédure soit déjà engagée pour pouvoir désigner un administrateur ad hoc. Il est donc limité aux procédures contentieuses.

L'article 389-3 du Code civil est sur ce point d'une portée plus large puisqu'il permet la désignation d'un administrateur ad hoc aussi bien pour les actes extrajudiciaires que pour les actions en justice³. De plus, permettant la désignation à tout moment de la procédure, avant qu'elle soit initiée ou pendant son déroulement, il recèle « *d'immenses facultés d'adaptation* »⁴.

Certains auteurs regrettent « *que le législateur de 1993, en créant l'article 388-2, applicable à tous les mineurs, ait employé des termes qui ne sont pas totalement en harmonie avec ceux de l'article 389-3 alinéa 2, applicable aux seuls mineurs placés*

¹ Depuis la Loi 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 (JO du 26), la mère a vocation à administrer le patrimoine de son enfant au même titre que le père.

² Art. 389-4 C. civ.

³ J. Hauser, RTD civ. (1), janv.-mars 92, p. 50.

⁴ T. Fossier. *Vers un statut de l'administrateur ad hoc*. Dr. Fam., J.-Cl., nov. 1999.

sous le régime de l'administration légale. Cela ne peut que conduire à des incertitudes sur les circonstances dans lesquelles un administrateur ad hoc doit être nommé en cas de litige relatif aux biens de l'enfant aboutissant à un procès»¹. Il revient donc à la jurisprudence de se déterminer sur ce point².

b. Un texte légal unique

Le cadre législatif relatif à l'administration « *ad hoc* » gagnerait à ne retenir qu'un seul texte légal. Au regard de ce qui a été dit précédemment, l'article 389-3 du Code civil doit être préféré. Mais pour qu'il réponde à toutes les exigences d'ordre général et que requièrent les situations particulières, quelques modifications s'imposent : sur son contenu et sa place dans le Code civil.

L'article 389-3 du Code civil détermine le parent ayant pouvoir de représenter son enfant lorsqu'il y a lieu à représentation et prévoit des règles spéciales pour l'administration de certains biens donnés ou légués à un mineur. En ce qui concerne plus spécifiquement l'administration « *ad hoc* », il détermine le magistrat habilité à désigner le représentant judiciaire, fixe les modalités de sa saisine et arrête les conditions de la désignation de l'administrateur ad hoc.

Par souci de clarté et d'efficacité, cet article gagnerait à être scindé en deux : dissocier tout ce qui concerne la représentation du mineur, quelle soit légale ou judiciaire, de l'administration de ses biens en les répartissant en deux endroits distincts du Code civil.

Les modifications qu'il est nécessaire d'apporter à **l'article 389-3 du Code civil** sont donc de deux ordres. Il s'agit de **revoir et son contenu et sa place dans le Code civil**.

Lorsque dans l'intérêt du mineur, il y a lieu à substituer ses représentants légaux, à quel magistrat peut-on confier cette lourde tâche ? Certains textes donnent compétence à plusieurs magistrats pour désigner l'administrateur ad hoc. Afin de ne pas retomber dans les travers décriés, il convient de retenir le principe de l'unicité. L'article 389-3 du Code civil donne compétence exclusive au juge des tutelles. Doit-on le retenir ou viser plus largement le juge saisi de l'instance ?

Opter pour le juge saisi de l'instance, c'est prendre le risque de limiter les désignations d'administrateur ad hoc aux seules procédures contentieuses. Cela reviendrait également à maintenir le système actuel, c'est-à-dire donner compétence à tous les magistrats saisis d'une affaire avec toutes les conséquences négatives qu'implique ce choix. Cela reviendrait entre autre à maintenir la compétence des juges répressifs à désigner l'administrateur ad hoc. Or, cette légitimité est contestée au nom du principe de l'impartialité du juge³. En effet, la désignation d'un représentant à l'enfant victime échappe aux pouvoirs habituels du juge d'instruction et de la juridiction de jugement, car traditionnellement, ces magistrats exercent respectivement des pouvoirs d'imperium et de iudicium. Le juge d'instruction est compétent pour ordonner toutes mesures d'instruction, constituer un dossier le plus complet possible afin de permettre

¹ P. Salvage-Gerest, Tutelle, Administration légale pure et simple, précité, n° 29.

² Guelfi-Tastevin, *L'administrateur ad hoc, une promotion inachevée* : Petites Affiches 1998, n° 31, p.4.

³ T. Fossier, « *Vers un statut de l'administrateur ad hoc* », précité ; B. Azéma : *Rôle du Parquet et légitimité des juges pénaux à désigner l'administrateur ad hoc*, précité.

à la juridiction de jugement de trancher au fond le litige. En d'autres termes, le premier instruit et recherche des preuves; la seconde statue sur des points de fait et de droit¹. Etait-il alors judicieux de conférer une telle compétence à ces magistrats dont le rôle est de rechercher la vérité, d'instruire à charge et à décharge ou de trancher un litige, non de protéger des intérêts particuliers². Comme le souligne à juste titre un magistrat, « *juger d'une opposition d'intérêts, n'est-ce pas déjà juger le fond ?* »³.

Quant au procureur de la République, si sa fonction première est d'exercer l'action publique aux fins de sanctionner et réparer le trouble social causé par un acte illicite, il exerce par ailleurs certains actes concernant l'ordre public, notamment ceux relatifs aux incapables majeurs⁴. En assistance éducative, il est « *investi d'un quasi pouvoir juridictionnel sans être soumis aux règles de procédure* » qui la régit. Et si l'on considère que la désignation d'administrateur ad hoc « *est une atteinte aux droits des représentants légaux, c'est confier au procureur de la république un pouvoir juridictionnel autonome à l'image de ce qui existe en assistance éducative* », et en « *privant les titulaires de l'autorité parentale des droits que la loi leur reconnaît* », ce magistrat « *porte atteinte à des droits fondamentaux sans peut-être les garanties exigées par le débat contradictoire et l'impartialité nécessaire* »⁵. Par ailleurs, ce magistrat du Parquet étant une des parties au procès, la partie poursuivante, « *est-il ce juge impartial qu'exige l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ?* »⁶.

Cela dit, l'intervention d'un magistrat est nécessaire pour substituer les représentants légaux. Si la légitimité des juges répressifs à désigner l'administrateur ad hoc est contestée, si le juge d'instruction est supprimé, quel magistrat est donc le mieux placé pour le désigner : le juge des tutelles ?

Le juge des tutelles est le magistrat référent pour tout ce qui concerne le patrimoine de l'enfant. En effet, son rôle s'exerce à l'intérieur de l'administration légale, qu'elle soit pure et simple ou sous contrôle judiciaire. Cette compétence qui lui a été reconnue en 1964 dans le cadre de l'administration « *ad hoc* » découle naturellement de cette compétence d'attribution. Pouvant prendre à titre de sanction ou même simplement pour la sauvegarde du patrimoine du mineur des mesures exceptionnelles, mais ayant également la possibilité d'ouvrir à tout moment une tutelle, il a sans aucune hésitation compétence pour prendre des mesures moins radicales pour préserver les intérêts patrimoniaux du mineur. Qui peut le plus peut le moins, dit-on.

De plus, le juge des tutelles est un organe de contrôle de la tutelle qui s'exerce à la fois sur la personne et sur les biens du mineur.

Quant à l'administrateur ad hoc, il est un organe exceptionnel de l'administration légale, qu'elle soit pure et simple ou sous contrôle judiciaire.

Au regard de ce qui vient d'être dit, le juge des tutelles semble donc le plus à même à assumer la fonction de désignation d'administrateur ad hoc, en tant que « *juge naturel* »

¹ C. Neirinck, JCP 1992, 21826, p. 111.

² C. Neirinck, JCP 1991, 3496, p. 102.

³ T. Fossier, précité.

⁴ J. Borricand et A-M Simon, Droit pénal et Procédure pénale, éd. Sirey, 1998, pp. 218 et suivantes.

⁵ B. Azema, colloque précité.

⁶ T. Fossier, précité.

de l'opposition d'intérêts», ce qui explique qu'en pratique, c'est lui qui désigne le plus et de loin¹.

C'est donc à juste titre que le législateur lui a confié un pouvoir exorbitant. En effet, avec les différentes réformes législatives, le juge des tutelles a désormais une compétence générale pour désigner l'administrateur ad hoc, que ce soit à l'occasion d'un acte extrajudiciaire ou au cours d'un procès, que ce soit pour la protection des intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux du mineur, que ce soit pour une affaire qu'il a à connaître ou pour une procédure pendante devant une autre juridiction. Mais il partage cette compétence avec d'autres magistrats. Il conviendrait d'aller plus loin et retenir la compétence exclusive du juge des tutelles en matière d'administration « *ad hoc* », étant de manière générale juge de l'incapacité et organe de contrôle de l'administration légale et de la tutelle. **Cela suppose qu'il conserve ses compétences en matière de tutelles mineurs.**

Quant aux modalités de sa saisine, doit-on reprendre les termes de l'article 389-3 du Code civil ou apporter des modifications ?

Les articles 388-2 et 389-3 du Code civil prévoient des modalités identiques pour saisir le juge des tutelles. Ce dernier peut être saisi par voie de requête aux fins de désignation d'administrateur ad hoc ou le faire d'office. Les personnes pouvant solliciter la désignation d'un administrateur ad hoc sont prioritairement l'administrateur légal et subsidiairement le ministère public et le mineur. On pourrait fort bien conserver ces deux modes de saisine ainsi que la liste des personnes autorisées à présenter une requête. Le mineur, parce qu'il est le premier concerné par cette demande. Le Parquet, parce qu'il a un rôle important dans la protection des intérêts du mineur et est au centre de toutes les procédures impliquant un mineur, que sa filiation soit contestée ou qu'il soit maltraité. De plus, comme le juge des tutelles, il exerce une mission générale des administrations légales et des tutelles de son ressort². Quant aux représentants légaux, il conviendrait que la demande émane des deux et non plus d'un seul ou tout au moins si la requête émane d'un seul parent, que le magistrat entende l'autre parent avant toute prise de décision. Quant à la primauté accordée à l'administrateur légal, n'est-ce pas devenu un privilège désuet au regard de notre législation actuelle ? Il conviendrait dès lors, d'intégrer directement les représentants légaux dans la liste des demandeurs, en faisant une concession pour les défenseurs inconditionnels de l'autorité parentale, à savoir les placer avant le ministère public.

Ce point ne posant aucune difficulté de fond, il convient maintenant de poser les conditions fondant la substitution de représentants.

Quel critère décisionnel retenir, au regard des textes existants : l'opposition d'intérêts ou la non protection complète des intérêts du mineur ? L'un et l'autre ont un caractère éminemment subjectif, « *ouvrant la porte à toutes les interprétations* »³, mais le

¹ Sur une étude de 90 dossiers, toutes procédures confondues, 68 % des désignations d'administrateurs ad hoc émanent du juge des tutelles, réparties comme suit : 47 % concernent des affaires civiles et 21 % des affaires pénales. G. Lecompte : Analyse de la jurisprudence en matière de désignation, actes colloque précité. L'administrateur ad hoc, cet inconnu !

Dans certaines juridictions, les désignations en matière pénale, sont faites exclusivement par le juge des tutelles, notamment avant l'audience pénale.

² Art. 388-3 C. civ.

³ B. Azéma, colloque précité.

second présente une difficulté majeure par la présence de l'adverbe complètement. S'il nous faut retenir un critère, le premier semble le meilleur. Cela dit, doit-on exiger une opposition d'intérêts avérée comme l'exige l'article 389-3 du Code civil ou peut-on se contenter d'une simple présomption comme le permet l'article 388-2 du Code civil ? La question fondamentale ne réside pas là. En effet, que cette opposition d'intérêts existe réellement ou non importe peu dans la mesure où le juge des tutelles devra impérativement motiver sa décision. Il est par contre impératif que le texte retenu exige que l'opposition d'intérêts se situe entre le mineur et ses deux parents. Le libellé de l'article 388-2 du Code civil sur ce point pourrait très bien convenir.

Nous avons cerné sans trop de difficultés le contenu de la disposition qui pourrait servir de fondement à la désignation d'administrateur ad hoc tant pour les affaires civiles que pénales. Mais cela est insuffisant. L'article 389-3 du Code civil qui nous a servi de modèle mérite que l'on revoie sa place dans le Code civil.

L'article 389-3 du Code civil semble limité à la protection des intérêts patrimoniaux du mineur, étant situé à la rubrique « *Des cas où il y a lieu, soit à l'administration légale, soit à la tutelle* ». Par contre, l'article 388-2 du Code civil a sans conteste une portée générale, figurant sous la rubrique « *De la minorité* ». Afin d'élargir la portée de l'article 389-3 du Code civil, de le rendre applicable aussi bien pour la protection des intérêts patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux du mineur, il conviendrait de le faire figurer au chapitre premier du titre traitant de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation, c'est-à-dire à la place de l'article 388-2 du Code civil. Plus précisément, il serait judicieux de **limiter la portée de l'article 389-3 du Code civil à l'administration des biens du mineur et de faire figurer à l'article 388-2 du Code civil, tout ce qui concerne la représentation du mineur, qu'elle soit légale ou judiciaire.**

Enfin, reste à savoir si ces modifications retenues en vue de la rédaction d'un texte unique peuvent être transposables au cas des **mineurs étrangers isolés**. En la matière, seul le procureur de la République a compétence pour désigner un administrateur ad hoc. Or comme nous le savons, il s'agit d'une autorité éminemment controversée en raison de son appartenance au ministère public et donc représentant les intérêts de l'Etat dans un domaine aussi sensible que la politique d'immigration. Personnalité neutre, le juge des tutelles semble ainsi le magistrat le plus apte à remplir cette tâche. Cependant, si l'on suit cette hypothèse, on se heurte vite à la question de la saisine de ce juge. En effet, seuls le mineur, ses représentants légaux et le ministère public disposent de cette faculté, ce qui est difficilement transposable dans le cadre des mandats administratifs. En l'absence des représentants légaux, il paraît plus opportun d'étendre cette possibilité de saisine à d'autres acteurs.

Prenons l'exemple des mineurs arrivant à la frontière et repérés par les services de la PAF. Ces derniers devront alors prévenir le procureur de la République qui devra à son tour saisir le juge des tutelles afin qu'une mesure soit prononcée. Or, on reproche déjà à la procédure actuelle d'être en partie la cause du retard de la présence effective de l'administrateur ad hoc auprès du jeune. Donc, si l'on transfère ce pouvoir de désignation au juge des tutelles, cette mesure devra être nécessairement accompagnée de la possibilité de sa saisine par la PAF, dès la présomption de présence d'un mineur étranger et non accompagné, et ce avant même la notification de ses droits et son placement en zone d'attente, afin que son représentant soit en mesure de

l'accompagner et de l'informer dans ces démarches. De même, dans la situation où le mineur se présente en Préfecture afin de solliciter l'asile, celle-ci devrait avoir la possibilité de saisir directement le juge des tutelles afin de procéder à la désignation d'un administrateur ad hoc. Enfin, si l'on étend la désignation d'un administrateur ad hoc aux mineurs présents sur le territoire et ne sollicitant pas l'asile, à défaut de représentants légaux, il pourrait être envisageable de créer une liste d'associations agréées travaillant auprès des enfants des rues ou des étrangers, aptes à saisir cette juridiction.

Pour que la compétence exclusive du juge des tutelles en la matière soit possible, il est donc nécessaire d'opérer des modifications conséquentes touchant aux modalités de saisine de ce magistrat. Il en sera de même quant à la question du tribunal compétent, puisque l'article 1211 du Code civil stipule que « *le juge des tutelles territorialement compétent est celui de la résidence habituelle de la personne à protéger ou protégée ou celui du domicile du tuteur* ». Dans le cas des mineurs étrangers isolés, il s'agirait plus du lieu de situation du jeune, et non de celui de résidence habituelle en raison de ses conditions d'arrivée sur le territoire et de la possible errance qui l'a précédé.

Concernant la condition fondant la substitution des représentants légaux par un administrateur ad hoc, au regard de ce qui a été dit précédemment, le critère de l'opposition d'intérêts ne peut être raisonnablement envisagé. S'il semble en effet plus opportun de retenir cette formulation dans le cadre des mandats pénaux et civils, la spécificité propre aux mineurs étrangers isolés, c'est-à-dire l'absence de leurs représentants légaux, ne saurait être constitutive d'un conflit d'intérêts à moins d'une interprétation très extensive de la part du magistrat. Dans l'optique d'un texte unique, il conviendrait donc mieux d'ajouter à la condition retenue, en l'occurrence l'opposition d'intérêts, celle d'absence de représentants légaux.

Quant à la question de la place accordée à ce texte unique au sein du Code civil, celle-ci prend tout son sens dans l'optique d'une reconnaissance officielle d'un véritable statut juridique propre aux mineurs étrangers isolés. En les intégrant à part entière dans la législation nationale et en reconnaissant sans équivoque leur réel besoin de protection et de prise en charge spécifique, les autorités françaises feraient un grand pas en avant en faveur des droits de l'homme et de l'enfant.

En conclusion, **la solution que nous préconisons est d'abroger l'article 706-50 du Code de procédure pénale, de modifier le Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile, et de réécrire les articles 389-3 et 388-2 du Code civil.**

L'article 389-3 du Code civil poserait en principe que les administrateurs légaux administreront les biens de leur enfant mineur et répondront des dommages et intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion.

On pourrait compléter le dernier alinéa de l'actuel article 389-3 du Code civil en prévoyant l'administration par un tiers, des dommages-intérêts réglés par les parents à leur enfant au même titre que certains biens donnés ou légués au mineur¹.

¹ Cela éviterait les pratiques non conformes au droit ou attentatoires aux droits des parents et préserverait les sommes allouées au mineur sans remettre en cause l'administration légale dans sa globalité.

L'article 388-2 du Code civil pourrait être libellé de la manière suivante : les représentants légaux ou l'un d'eux selon le cas, représenteront le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes.

Lorsque les intérêts du mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles doit procéder à la désignation d'un administrateur ad hoc, à la demande des représentants légaux, du ministère public, du mineur lui-même ou d'office.

Toute autorité ayant connaissance de la présence d'un mineur étranger isolé sur le territoire ou à la frontière, devra immédiatement saisir le juge des tutelles afin de procéder à la désignation d'un administrateur ad hoc.

Le remaniement législatif ne doit pas s'arrêter là. Parallèlement à ce toilettage de la législation en vigueur, il convient également de combler les zones de non-droit, notamment donner enfin un statut juridique à l'administrateur ad hoc.

B. Institutionnaliser la représentation « ad hoc » du mineur non émancipé

Les personnes participant au fonctionnement de la justice bénéficient d'un statut¹. Pour chaque activité, le Ministère de la Justice édite des fiches. C'est ainsi que l'on apprend qu'il existe un agrément et une réglementation pour être visiteur de prison, que des sessions d'information et de formation sont assurées. Or, rien de tel n'existe pour l'administrateur ad hoc, ni plaquettes d'information, ni statut. Tout au plus, peut-on constater que les pouvoirs publics se sont engagés dans la voie de l'institutionnalisation de l'administration « *ad hoc* ». Par ailleurs, le système de représentation « *ad hoc* » tel qu'il existe est fortement contesté et contestable.

L'absence de statut invalide toute légitimation publique de la fonction d'administrateur ad hoc. La tendance française et européenne étant à la professionnalisation de l'appareil judiciaire, il n'est plus question de faire l'impasse sur l'élaboration d'un statut pour l'administrateur ad hoc. Seule, une reconnaissance de sa compétence et donc d'une formation spécifique serait le moyen d'éviter cette marginalisation. C'est même un besoin. A ces règles statutaires qu'il est nécessaire de donner à l'administrateur ad hoc, il conviendrait également de lui imposer des règles déontologiques dans l'intérêt du mineur, le principal intéressé.

a. Des règles statutaires²

Le décret du 16 septembre 1999 a doté l'administrateur ad hoc d'un statut économique mais il ne lui a toujours pas conféré de statut juridique dans la mesure où il s'est contenté de préciser le profil de l'administrateur ad hoc et d'arrêter les modalités de constitution des listes d'administrateurs ad hoc.

Par ailleurs, depuis 1998, il a du mal à trouver sa place, soit parce qu'il ne la prend pas ; soit parce qu'on ne la lui laisse pas.

¹ Conciliateur, médiateur, administrateur judiciaire, enquêteur social, commissaire enquêteur, assesseur du tribunal pour enfants, visiteur de prison...

² G. Favre-Lanfray, thèse précitée, n°s 768 à 772.

1. Des incompatibilités à prévoir

L'article 706-51 du Code de procédure pénale, né de la loi du 17 juin 1998 était inapplicable en tant que tel. Seul un décret pris en Conseil d'Etat pouvait lui donner vie. Or, ce dernier a pris une certaine distance au regard de ce que préconisait la disposition pénale.

Cet article ne livrait que quelques éléments indicatifs à propos de la désignation de l'administrateur ad hoc, à savoir : lorsque l'administrateur ad hoc ne sera pas un proche de l'enfant, il devra figurer sur « *une liste de personnalités* »¹. Dans sa rédaction initiale, il était plus parlant. Ainsi, le texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, précisait que ces personnalités devaient être « *présentées par les associations agréées pour la défense de l'enfance, les associations de défense des victimes ou par le conseil général* ». De ce libellé, on pouvait en déduire deux choses. La première était que l'administrateur ad hoc devait nécessairement être une personne physique rattachée à une structure, institutionnelle ou associative. Cette version élimine les personnes qui exercent leur mandat à titre personnel. Le décret a pris une position contraire, admettant cette possibilité. La seconde était que les structures qui pouvaient proposer des administrateurs ad hoc étaient expressément énumérées dont les conseils généraux.

La question de l'exercice des mandats par les conseils généraux fait l'objet de débats récurrents et passionnés². En effet, dans nombre de préconisations, des incompatibilités sont avancées, notamment ne pas exercer de mesures éducatives en faveur du mineur.

Certains conseils généraux eux-mêmes « *ont fait part de la confusion qui existait entre le mandat d'administrateur ad hoc et celui du travailleur social. Tous deux répondent à des logiques différentes. L'administrateur ad hoc représente les intérêts d'une personne face à une problématique familiale alors que l'éducateur recherche prioritairement la cohésion du groupe* »³.

Certains souhaitent que les Conseils généraux affectent à cette mission une personne spécialement qualifiée ce qui est le cas en pratique pour certains.

D'autres, plus critiques, demandent qu'ils n'exercent plus de mandats d'administrateurs ad hoc car dans les situations où les enfants leur sont confiés ou lorsqu'ils ont été impliqués dans le suivi de mesures éducatives préalablement à la mise en danger de l'enfant, il peut y avoir conflit d'intérêts entre eux et l'enfant. Cette position radicale trouve écho dans un jugement constatant l'existence d'une faute délictuelle à l'encontre d'une DISS dans l'exercice de son mandat en qualité d'administrateur ad hoc. Mais il s'agissait en l'espèce de la situation particulière où le mineur auteur était également confié au conseil général.

Il est tout à fait légitime de confier à un tiers, neutre, indépendant, la défense des intérêts du mineur victime, dès lors que le service gardien est aussi responsable des

¹ Le Sénat a supprimé cet article, initialement 706-51-1, considérant que ces dispositions étaient de nature réglementaire.

² Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la justice a fait part publiquement que cette solution n'était pas pleinement satisfaisante car le mandat judiciaire qui est confié aux personnels de l'aide sociale à l'enfance ne fait pas partie de leurs fonctions habituelles. Question orale posée le 24 février 1998 par le Sénateur B. Piras, à la demande de l'association Chrysallis.

³ G. Favre-Lanfray : Proposition d'amendements, précité.

actes commis par le mineur auteur. C'est la même configuration que pour les incestes fraternels.

Outre ces cas particuliers, il faut se garder de tout a priori, de tout amalgame. L'absence d'implication, le risque de confusion n'est pas l'apanage des conseils généraux. Accepter la candidature d'avocats, c'est induire les situations où ils reçoivent leur mandat et leurs instructions d'eux-mêmes, ce qui est pour le moins contraire à leur déontologie. De plus, pouvant prétendre à une double rémunération : au titre des frais de justice en leur qualité d'administrateur ad hoc et au titre de l'aide juridictionnelle en qualité d'avocat, n'est-ce pas ajouter une contradiction d'intérêts à une autre¹ ?

Il est étonnant que l'ensemble des rapports et discussions sur le recrutement et le profil des administrateurs portent sur la légitimité des conseils généraux à exercer ces mandats, alors qu'est occultée par exemple, celle :

- ♦ des bâtonniers : en ce cas, non seulement l'enfant n'a qu'un administrateur ad hoc virtuel mais de plus, certains barreaux prélèvent un pourcentage sur les indemnités allouées aux enfants ;
- ♦ des associations présidées par des magistrats en activité tandis que les mandats sont exercés par leurs salariés. N'y-a-t-il pas là un lien de subordination entre le magistrat employeur et l'administrateur ad hoc salarié ? De plus, les magistrats impliqués sont juges et parties, ce qui est contraire à l'article 6.1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* »².

Lors d'une journée de travail autour de l'administrateur ad hoc, les associations d'aide aux victimes présentes au siège de l'INAVEM³ ont évoqué comme conditions d'accès à la fonction, les critères d'indépendance et de neutralité par rapport aux auteurs et aux personnes impliquées. Il s'ensuit un non-cumul des fonctions : deux mandats exercés par une même personne et deux personnes de l'association exerçant deux fonctions différentes dans une même procédure.

Des préconisations ont été faites en vue de garantir une meilleure indépendance. En effet, « *compte-tenu que l'administrateur ad hoc représente les intérêts du mineur, partie à une procédure, il doit bénéficier d'une **indépendance indiscutable par rapport à toutes les parties en présence**. Elle ne doit donc pas se limiter aux seuls services ayant en charge le suivi éducatif de l'enfant, mais également s'étendre au pouvoir judiciaire et aux membres de la famille. En d'autres termes :*

- ♦ *les **services sociaux** dont la fonction est l'éducation, l'organisation de la vie du mineur, ce qui est d'une autre nature que la représentation en justice du mineur et la défense en toute indépendance de ses intérêts. Les intérêts familiaux (droit de visite, maintien des liens familiaux, suivi éducatif, responsabilité du placement) ne recouvrent pas obligatoirement les intérêts du mineur ;*

¹ Le métier d'avocat est en voie de paupérisation. Nécessité pour nombre d'entre eux, de s'adjoindre d'autres fonctions pour vivre de leur art (médiation). De nombreux cabinets sont en redressement judiciaire.

² Afin de garantir une bonne justice, le tribunal doit être indépendant de par l'autonomie des juges par rapport aux parties et impartial en ce sens que le juge enclin pour des raisons personnelles à favoriser l'un des plaideurs, doit être disqualifié.

³ Paris 28 février 1997.

- ♦ le **pouvoir judiciaire** qui exerce les prérogatives inhérentes à sa fonction (désignation de l'administrateur ad hoc, instruction, réquisitions, jugement) ne doit pas s'immiscer dans ce qui constitue la représentation et la défense concrète des intérêts du mineur, dans le cadre d'une procédure ;
- ♦ les **membres et l'entourage immédiat de la famille** risquant d'être influencés par le climat particulier relatif notamment aux affaires pénales (inceste, agressions sexuelles, violences) ou même en matière civile par des intérêts discordants et un climat conflictuel. Il ne faut pas oublier les risques d'emprise, de manipulations, les pressions, l'ambivalence»¹.

Il est un fait, le critère d'indépendance vis-à-vis de la famille, du suivi éducatif, de l'autorité judiciaire, n'a pas été expressément pris en compte pour la procédure d'agrément des administrateurs ad hoc, dans la mesure où il n'existe aucune règle d'incompatibilités. Une des pistes consisterait à s'inspirer de ce qui existe en matière de tutelles.

Par ailleurs, le décret n'appréhende nullement la question du refus pour l'administrateur ad hoc ou de sa démission. Il peut seulement demander à être radié de la liste. En d'autres termes, c'est la pratique du tout ou rien. Le risque est qu'il se voit obligé d'exercer tous les mandats dans le ressort de chaque cour d'appel².

Quant à l'**élaboration des listes**, « la pratique montre que le délai de renouvellement de quatre ans est trop contraignant pour les administrateurs ad hoc et les cours d'appel. Ce système, à l'instar de ce qui se passe pour les gérants de tutelle, pourrait être remplacé par une **inscription unique, avec révision de la liste tous les ans, destinée à l'inscription de nouveaux candidats et à l'examen des demandes de radiations éventuelles**. Ce système aurait pour avantage de faire correspondre l'intervention de la cour d'appel à un réel besoin. Les modifications matérielles et les démissions pourraient être enregistrées selon une procédure simplifiée confiée au procureur général.»³.

2. Une place à lui reconnaître

Le contenu et les limites du mandat de l'administrateur ad hoc, la place de ce représentant dans la procédure ne sont pas fixées. On voit tout et son contraire, d'un département à l'autre, d'une juridiction à l'autre, voire au sein d'une même juridiction.

L'article 706-53, institué par la loi du 17 juin 1998, qui a légalisé la présence d'un tiers lors des auditions et confrontations du mineur victime, est même responsable d'une certaine exclusion de l'administrateur ad hoc de la procédure pénale.

¹ Préconisations transmises par Georges Lecompte, magistrat, au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, lors de l'élaboration du décret du 16 septembre 1999.

² En raison d'une surcharge de travail et de l'éloignement géographique, un administrateur ad hoc s'est vu par 2 fois assignés devant le TGI. Son refus a été analysé par le juge des tutelles comme un recours contre sa décision le désignant.

³ Michelle Torrecillas, magistrat. Groupe de travail relatif à l'administrateur ad hoc, secrétariat général du ministère de la justice.

Article 706-53 du Code de procédure pénale

« Au cours de l'enquête ou de l'information, les auditions ou confrontations d'un mineur victime de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 sont réalisées sur décision du procureur de la République ou du juge d'instruction, le cas échéant à la demande du mineur ou de son représentant légal, en présence d'un psychologue ou d'un médecin spécialistes de l'enfance ou d'un membre de la famille du mineur ou de l'administrateur ad hoc désigné en application de l'article 706-50 ou encore d'une personne chargée d'un mandat du juge des enfants. »

Cette disposition mérite quelques commentaires critiques.

Tout d'abord, son application est limitée aux infractions mentionnées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire :

- ♦ le meurtre ou l'assassinat de mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou actes de barbarie. Infraction inapplicable en l'espèce de par le décès de la victime ;
- ♦ le viol commis par violence, contrainte, menace ou surprise¹;
- ♦ l'exhibition sexuelle²;
- ♦ le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur ou le fait d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe³;
- ♦ les atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ni surprise sur un mineur de plus de 15 ans et non émancipé par le mariage commises par un ascendant ou par personne ayant autorité⁴.

Les atteintes sexuelles commises sur mineur de 15 ans ainsi que la maltraitance physique sont exclues du champ d'application de l'article 706-53 du Code de procédure pénale. En d'autres termes, la présence d'un tiers aux auditions, confrontations n'est pas un droit pour ces enfants victimes.

Ensuite, son application est limitée aux deux premières phases du processus pénal : enquête préliminaire et instruction, non à la phase de jugement.

Ce tiers présent aux auditions et confrontations, peut être :

- ♦ soit un psychologue ou un médecin, spécialistes de l'enfance ;
- ♦ soit un membre de la famille du mineur,
- ♦ soit un administrateur ad hoc désigné par le procureur de la République ou le juge d'instruction ;
- ♦ soit une personne chargée d'un mandat du juge des enfants.

Un seul d'entre eux peut être présent. Il n'y a pas prééminence de l'un par rapport à l'autre. Il revient donc au procureur de la République ou au juge d'instruction de choisir l'accompagnateur de l'enfant parmi cette liste.

Il s'ensuit que l'administrateur ad hoc qui est partie à la procédure, peut se trouver évincé de ces moments forts de la procédure pénale. Au regard de la mission qui lui est impartie : action civile et protection des intérêts de l'enfant victime, il aura des choix à faire au nom de l'enfant et conformément à son intérêt pour lesquels il peut engager sa responsabilité, ne doit-il pas bénéficier d'un statut particulier au regard des personnes

¹ Art. 222-23 CP.

² Art. 222-32 CP.

³ Art. 227-22 CP.

⁴ Art. 227-27 CP.

énumérées et avoir prééminence sur les autres en raison de sa mission particulière. Il est partie à la procédure et non simple « *témoin taisant* ».

De plus, le texte ne précise pas la nature du mandat confié par le juge des enfants. Ainsi, dans le cadre de son mandat, l'administrateur ad hoc peut avoir affaire à deux sortes d'éducateur, l'un chargé d'une mesure de protection, l'autre chargé d'une mission d'accompagnement¹.

Quant aux modalités pratiques, la présence de ce tiers peut être décidée à l'initiative du procureur de la République ou du juge d'instruction. Ces magistrats n'ont pas à solliciter l'accord de l'enfant victime. Par ailleurs, le mineur ou son représentant légal peut en faire la demande. Quant au choix du tiers, seuls les magistrats peuvent en décider (à l'instar de la désignation de l'administrateur ad hoc). La présence d'un tiers n'est donc pas obligatoire et cela relève du pouvoir discrétionnaire des magistrats.

La finalité de ce texte est de reconnaître à l'enfant victime, le droit de ne pas être seul au cours de la procédure et celui de bénéficier d'un soutien moral.

Or, de plus en plus de magistrats instructeurs convoquent les administrateurs ad hoc en tant que parties civiles tout en refusant leur présence. Les arguments avancés sont les suivants :

- ♦ leurs seuls interlocuteurs valables : l'enfant et l'avocat. C'est ni plus ni moins, considérer l'administrateur ad hoc comme un prête-nom, permettre à l'enfant d'être assisté d'un avocat. Il est relégué à un rôle purement administratif²;
- ♦ permettre à l'enfant d'avoir une parole libre au regard du conflit familial. Cela revient à confondre l'administrateur ad hoc avec le parent. Or, s'il se substitue aux parents, il est, s'il est choisi sur la liste, neutre, indépendant par rapport au litige familial ;
- ♦ il n'a pas à avoir plus de droit que les parents. Les auditions se font hors leur présence. Certes, mais cette disposition pénale ne les traite pas de la même manière. Le parent peut seulement demander la présence d'un tiers sans pouvoir assister lui-même à l'audition. Quant à l'administrateur ad hoc, lui seul est autorisé à être présent sans pouvoir le demander.

Une telle conception n'est pas sans conséquences. Des enfants reprochent à leur administrateur ad hoc de les avoir abandonnés ; des avocats fonctionnent de manière indépendante, voire excluent l'administrateur ad hoc de la procédure ; des parents se demandent pourquoi ils ont été exclus de la représentation de leur enfant.

Par contre, des administrateurs ad hoc sont entendus avant l'audition de l'enfant sans pouvoir être présent ensuite. Il est parfois demandé à des administrateurs ad hoc de signer le procès-verbal d'audition du mineur, même lorsque leur présence a été exclue.

b. Des règles déontologiques

Il est impératif que toute personne remplisse certaines conditions et s'engage à respecter certaines règles pour être administrateur ad hoc. Tout d'abord, il devra

¹ Il s'agit d'AEMO spécifique prise par le juge des enfants pour assurer l'accompagnement des enfants victimes. Parfois un même service est désigné administrateur ad hoc et chargé de cet accompagnement spécifique.

² Cette pratique trouve écho dans l'agrément d'avocats par des cours d'appel ou la désignation du Bâtonnier.

satisfaire à une condition de compétence. Ensuite, il devra toute information pertinente au mineur. Enfin, la représentation ne doit pas rendre muet l'enfant.

1. L'obligation de compétence

En plus du critère d'indépendance, il est un autre critère qui doit être pris en considération dans l'agrément des administrateurs ad hoc, c'est celui de sa compétence. Le décret se contente de le mentionner. Outre des considérations d'âge, de résidence et de non condamnation, le seul critère que le gouvernement a retenu pour qu'une personne soit inscrite sur la liste des administrateurs ad hoc, est qu'elle se soit « *signalée depuis un temps suffisant par l'intérêt qu'elle porte aux questions de l'enfance et par sa compétence* »¹.

Or, une formation adéquate s'impose pour chacun des mandats qui requièrent des compétences propres². Certains magistrats estiment qu'elle n'est pas nécessaire, dans la mesure où on n'exige pas des parents une compétence particulière en ce domaine. Certes, si la fonction se résume à un cas d'espèce. Mais elle est recherchée par les administrateurs ad hoc eux-mêmes, à l'instar des avocats d'enfants, lorsque l'exercice de ces mandats devient une activité à part entière. Actuellement, chaque structure forme ses propres administrateurs ad hoc, selon ses propres critères. Il n'y a pas de formation unique, reconnue par l'État et débouchant sur un diplôme professionnel.

Après une longue pratique de plusieurs années dans des domaines divers, nous pouvons préconiser **trois axes de formation**.

L'un des volets est **juridique**. L'administrateur ad hoc aura dans la plupart des situations un technicien du droit à ses côtés sur lequel il pourra s'appuyer mais il est important qu'il puisse se situer dans l'organisation et le processus judiciaire.

Le second volet est **psychologique**. Il est essentiel que l'administrateur ad hoc connaisse les effets de la maltraitance et de l'inceste sur l'enfant ainsi que le fonctionnement de ces familles maltraitantes ou incestueuses. De même il devra avoir connaissance du phénomène des flux migratoires afin de mieux appréhender le périlleux parcours effectué par les jeunes étrangers.

Enfin, la **communication** est le troisième volet. L'écoute d'un enfant est primordiale. Qu'il parle avec des mots, des gestes ou ses yeux importent peu. Ce qui compte, c'est décrypter sa souffrance, ses attentes, ses besoins qui se cachent derrière.

Ainsi, **l'objectif n'est pas de faire de cet administrateur ad hoc, un juriste, un psychologue ou un expert en communication, mais une personne compétente, apte à remplir au mieux son mandat et ce, dans l'intérêt du mineur.**

A cette exigence de formation, il en est une autre, tout aussi importante : la **supervision**. En effet, le risque est pour tout professionnel, de projeter son vécu, ses sentiments et de ne pas être capable de dissocier son histoire personnelle de celle de l'enfant. La confusion est un risque permanent dont il convient d'être conscient.

Déterminer l'intérêt du mineur fait sans conteste partie de la fonction de l'administrateur ad hoc. Mais celui-ci doit se faire en concertation avec le mineur, chaque fois que cela est possible.

¹ Art. R 53-1 CPP

² A l'instar de ce qui existe pour les avocats qui sont spécialisés dans certaine matière.

2. Le devoir d'information

L'administrateur ad hoc, par la manière dont il exerce son mandat, peut faire violence au mineur, notamment en l'excluant de la procédure. Aussi, il devra veiller en permanence à ce qu'un droit fondamental soit respecté : celui de fournir à l'enfant les informations et les explications nécessaires. Ces obligations sont prévues de manière impérative par la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant en son article 10. Ainsi, l'administrateur ad hoc devra veiller à ne pas imposer ses choix de façon arbitraire, sans concertation et explication au préalable.

Ce droit exige une contrepartie : donner les moyens à l'administrateur ad hoc de rencontrer l'enfant. De plus en plus souvent, des parents font obstacle à la relation enfant - administrateur ad hoc. En l'absence de moyens de coercition, l'administrateur ad hoc n'a pas d'autres solutions que d'en référer au magistrat qui l'a désigné ou celui saisi de l'instance. Les résultats sont peu éloquentes. Parfois, ce sont les travailleurs sociaux qui font obstacle à ce que l'administrateur ad hoc rencontre l'enfant, l'informe de l'existence de la procédure en cours au nom de sa protection.

Dans le cadre des mandats administratifs, les administrateurs ad hoc se trouvent également confrontés au problème d'accès aux lieux d'hébergement des mineurs de moins de treize ans puisque ces derniers sont logés dans des hôtels aux abords des aéroports dans des conditions restant opaques. Pour les rencontrer, l'administrateur ad hoc doit se rendre en zone d'attente ce qui non seulement limite son temps de présence auprès du jeune mais également rend impossible la vérification du respect des droits attachés au maintien en zone d'attente.

Cette obligation ne peut cependant concerner tous les enfants. Seuls ceux ayant un discernement suffisant pourront prétendre à ce droit à l'information. Il en est de même pour le droit à l'expression.

3. Le droit à l'expression pour le mineur

Le système juridique français préconise soit le recueil de l'avis ou du consentement¹ du mineur, soit son information², soit son audition³, soit sa représentation⁴. Dans la mesure où la personnalité du mineur disparaît complètement derrière l'écran de la représentation, qu'elle soit légale ou judiciaire, ne doit-on pas privilégier l'audition du mineur ? Or, seul l'enfant « *capable de discernement* » peut être entendu alors que tout enfant mineur non émancipé peut être représenté en justice. Par ailleurs, l'audition de l'enfant ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure⁵. Cela revient à lui permettre d'exprimer son opinion sans pouvoir intervenir dans la procédure.

Par contre, aucune place n'est prévue théoriquement à la parole de l'enfant en matière de représentation. Consistant à substituer une volonté à une autre, le risque pour l'enfant est qu'il ne reçoive aucune information, qu'il n'ait pas l'occasion de s'exprimer sur ses sentiments et ses désirs et qu'en fin de compte, soit exprimée à l'audience, la seule volonté de son représentant.

¹ Comme par exemple, l'adopté s'il est âgé de plus de treize ans doit consentir personnellement à son adoption, qu'elle soit simple (art. 360 C. Civ.) ou plénière (art. 345 C. civ.).

² Lorsque l'enfant est donneur pour une greffe d'organe.

³ Art. 388-1 C. civ.

⁴ Art. 389-3 C. civ.

⁵ Dernier alinéa de l'art. 388-1 C. civ.

On en arrive à cette situation paradoxale où dans le cadre de l'audition, l'enfant peut exprimer son avis, donner son opinion sur une question précise, sans pouvoir formuler une quelconque demande. Encore qu'en cas d'audition faite par un tiers, la parole de l'enfant peut être plus ou moins déformée par le biais de l'interprétation ou de la malhonnêteté de celui qui la transmet aux autorités judiciaires. Dans le cadre de la représentation, le représentant de l'enfant peut décider pour lui, sans que son avis soit sollicité. Ainsi, un tiers peut faire des demandes en son nom sans qu'il ait l'assurance de s'exprimer sur ces choix, soit directement auprès des juges, soit indirectement. Sa représentation ne lui octroie pas le droit, pris au sens de certitude, de voir sa parole prise en considération¹.

En fin de compte, l'audition de l'enfant capable de discernement peut s'avérer meilleure que sa représentation, étant sujet de son histoire. Par contre, la représentation est essentielle pour l'enfant n'ayant pas le discernement. En ce cas, l'enfant existe à travers un tiers. Cependant, il faut tempérer ces propos en distinguant selon la nature de la procédure. Ce droit d'être entendu dans toute procédure qui le concerne est respecté dans les procédures pénales où là, l'enfant a de fortes « *chances* » d'être interrogé à différentes reprises, par les services de police ou de gendarmerie, par le juge d'instruction et par la juridiction pénale. Sa parole n'est pas occultée par le mécanisme de la représentation. Mais ce n'est pas une garantie et la pratique est là pour nous le rappeler. Dans un cas d'espèce, un magistrat a posé la question de savoir si l'absence d'exercice personnel du droit d'ester doit condamner le mineur au silence et de répondre que les prérogatives de l'administrateur ad hoc ne doivent pas conduire à l'étouffement de la parole de l'enfant².

En conclusion, **l'administrateur ad hoc doit intégrer dans l'exercice de son mandat, l'obligation de « déterminer l'opinion de l'enfant et la porter à la connaissance de l'autorité judiciaire »**³.

Il est impératif que l'administrateur ad hoc agisse dans l'intérêt de l'enfant et non dans son propre intérêt⁴. Pour éviter ces pratiques, il est impératif que chaque administrateur ad hoc souscrive une assurance responsabilité professionnelle pour l'exercice de ses mandats⁵.

Donner des règles statutaires à l'administrateur ad hoc, lui imposer des règles déontologiques, est le minimum qu'on est en droit d'exiger des pouvoirs publics.

¹ Nous ne partageons pas l'idée soutenue par le juge Y. Benhamou que la désignation d'un représentant spécial assure à l'enfant que sa parole « *pourra être utilement portée à la connaissance de la juridiction compétente* », in Aperçu critique du projet de Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, préc. p. 7.

² T. Fossier, JCP 1998 préc. p. 23.

³ Art. 10-1.d de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant.

⁴ Par exemple, solliciter systématiquement des dommages-intérêts, exercer toutes les voies de recours afin d'éviter de se voir engager sa responsabilité.

⁵ La FE.N.A.A.H. a obtenu de la MAIF, une assurance responsabilité civile pour les administrateurs ad hoc intervenant à titre personnel.

Conclusions¹

Plusieurs idées – force se dégagent de l'étude approfondie qui vient d'être faite.

Tout d'abord, la « *notion même d'administrateur ad hoc recouvre désormais trois réalités distinctes, et la fonction requiert des aptitudes et des qualités très différentes suivant le domaine dans lequel elle s'exerce* »². La tâche délicate et difficile qui lui est octroyée est de faire en sorte que l'enfant ne soit pas « *un individu jouant à l'adulte pour revendiquer des droits mais une personne humaine dont il faut garantir les droits* »³. Nous sommes bien loin de la fonction initiale dévolue à l'administrateur ad hoc, en tant que gestionnaire occasionnel des biens d'un mineur.

Par ailleurs, on peut affirmer sans risquer d'être contredit, qu'actuellement, en matière d'administration « *ad hoc* », **le doute s'est introduit partout**⁴. En effet, la multiplication peu cohérente et plus démagogique qu'indispensable⁵ des textes a favorisé une certaine confusion que l'on retrouve à tous les niveaux⁶. Il s'ensuit que sa mise en œuvre judiciaire est source d'incontestables et nombreuses difficultés.

Enfin, il est **impossible de déterminer exactement la nature de l'administration « ad hoc »**. En effet, qui dit institution dit structure. Instituer une chose, c'est l'établir, la fonder d'une manière permanente, dans l'intention de la voir durer. C'est un fait que l'administrateur ad hoc a près de cent ans d'existence, qu'il a vu son rôle s'accroître, que le législateur a prévu de manière large son recours. Malgré cette longévité, cette permanence et cette généralisation, peut-on parler pour autant d'institution ? Le seul fait que le terme existe ne suffit pas à lui conférer le caractère institutionnel. D'autres conditions sont requises, énoncées par Maurice Hauriou. Sa théorie est que l'institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise se réalisant dans un milieu social et pour la réalisation de laquelle s'organise un pouvoir muni de prérogatives juridiques nécessaires. Or, rien de tel n'existe en ce qui concerne la représentation du mineur par l'administrateur ad hoc. Aucune règle – spéciale ou générale – n'a été édictée pour en délimiter les contours. Le décret du 16 septembre 1999 en constitue seulement la première pierre de l'édifice. Le personnage ne peut donc à lui tout seul être une institution.

Dès lors, la représentation « *ad hoc* » de l'enfant s'apparente plus à un mécanisme mis en œuvre afin de permettre à l'enfant d'accéder au prétoire.

¹ G. Favre-Lanfray, thèse précitée n° 849.

² P. Salvage-Gerest. *Personne et patrimoine de l'enfant : évolution du droit positif au regard de la fonction d'administrateur ad hoc*, in colloque précité.

³ J.-L. Chabot. *Droits de l'enfant et droits de l'homme : une même philosophie ?* in colloque précité.

⁴ Universitaires et praticiens s'accordent sur ce point. A ce propos, le juge des tutelles A. Grison a précisé qu'il reste après les lois et décrets de 1998 et 1999, de nombreuses interrogations qui sont autant d'écueils sur lesquels l'administrateur ad hoc ne devra pas échouer. Colloque L'administrateur ad hoc, cet inconnu ! précité.

⁵ On peut constater une évolution importante récente due aux groupes de pression. Résultat de l'effet « *Assiduis, phénomène par lequel le législateur est porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assaillent* ». J. Carbonnier : *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, p. 236.

⁶ C. Neirinck. *Le cadre légal de la désignation d'un administrateur ad hoc*, in colloque L'administrateur ad hoc, cet inconnu ! précité.

Cela dit, il ne s'agit pas seulement d'un problème spécifique, propre à l'administration « *ad hoc* ». La problématique est plus générale. En tout premier lieu, le « *terme même de représentation et le fondement de son mécanisme sont de plus en plus teintés d'équivoque* »¹. Inconnue du droit romain, en raison du caractère très personnel des obligations et du formalisme des actes juridiques, le Code civil ne contient aucune disposition générale relative à la représentation², « *indiquant le sens, le contenu, la portée de ce concept* »³. Il s'ensuit que « *faute de tradition historique bien établie et de disposition générale dans la loi, les auteurs en proposent des explications divergentes, pour ne pas dire contradictoires* »⁴.

Ensuite, l'administration « *ad hoc* » souffre des mêmes incertitudes que connaît le droit objectif. Incertitude des sources tout d'abord, avec des lois innombrables, souvent incohérentes entre elles, rarement bien rédigées et qui « *se recourent* ». Or, il faut bien les concilier ou les combiner⁵. Incertitude des idées ensuite où l'on constate une oscillation permanente entre particulier et général, entre individu et famille, entre sujet et objet, entre protection et responsabilisation de l'enfant, entre intervention et non-ingérence, entre administration « *ad hoc* » et autorité parentale.

Aussi, confrontée à l'ambivalence du droit d'un côté et l'ambiguïté de la représentation de l'autre, il n'est pas surprenant que la représentation « *ad hoc* » de l'enfant soit synonyme de confusion.

La victime ne peut être que l'enfant. Système institué pour lui, il peut se retourner contre lui, ce qui fait dire à certains que le remède est parfois pire que le mal.

Toujours est-il que le mécanisme de représentation ne doit jamais être considéré comme une fin en soi, mais comme un moyen. De la conception que l'on en a, soit on recherchera à pérenniser coûte que coûte un système inadapté, soit on prendra la peine de s'intéresser à l'enfant pour trouver ce qui lui convient vraiment. Dans la première situation, cela revient à obliger l'enfant à porter un vêtement qui ne lui va pas ou plus ; dans la seconde situation, à prendre ses mensurations pour lui confectionner un vêtement adapté à sa taille⁶.

¹ M. Storck Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, tome CLXXII, p. 1.

² P. Pétel, précité, n° 2.

³ M. Storck, précité, p. 10.

⁴ Ibidem, p. 1.

⁵ J. Carbonnier. Flexible droit, précité, p.184.

⁶ G. Favre-Lanfray, colloque précité.

ANNEXES

I. Références légales en matière d'administration ad hoc

Les textes applicables en matière civile

Désignation et contenu du mandat Articles 389-3 et 388-2 Code civil

Art. 389-3 C. civ. (Loi du 14 décembre 1964 complété par la loi du 8 janvier 1993)

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

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

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

Art. 388-2 C. civ. (Loi du 8 janvier 1993)

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

Profil de l'administrateur ad hoc Article 1210-1 Code de procédure civile

Art. 1210-1 CPC (Décret du 16 septembre 1999)

« Lorsqu'en application des dispositions des articles 388-2 et 389-3 du Code civil, la juridiction procède à la désignation d'un administrateur ad hoc et que dans l'intérêt de l'enfant, il est impossible de choisir celui-ci au sein de la famille ou parmi les proches du mineur, la juridiction peut désigner l'administrateur ad hoc parmi les personnes figurant sur la liste prévue à l'article R.53 du code de procédure pénale. »

Recours contre la désignation de l'administrateur ad hoc Article 1210-2 Code de procédure civile

Art. 1210-2 CPC (Décret du 16 septembre 1999)

« La désignation d'un administrateur ad hoc peut être contestée par la voie de l'appel par les représentants légaux du mineur dans un délai de quinze jours. Cet appel n'est pas suspensif.

L'appel est formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse. »

Indemnisation de l'administrateur ad hoc
Articles R 93 et A43-10 Code de procédure pénale
Article 1210-3 Code de procédure civile

Art. R. 93 CPP (Décret du 16 septembre 1999 modifié par le décret du 30 juillet 2008)
« *Sont en outre, assimilées aux frais de justice criminelle, correctionnelle et de police, les dépenses qui résultent :*
*(...)*21° Les frais des administrateurs ad hoc désignés en application des articles 388-2 et 389-3 du code civil, lorsqu'ils figurent sur la liste prévue à l'article R. 53. »*

Art. 1210-3 CPC (Décret du 16 septembre 1999 modifié par le décret du 30 juillet 2008)

« *En sus du remboursement de ses frais de déplacement, calculés dans les conditions fixées pour les déplacements des personnels civils de l'Etat pour le ministère de la justice, il est alloué une indemnité à chaque personne désignée en qualité d'administrateur ad hoc, lorsqu'elle figure sur la liste prévue à l'article R. 53 du code de procédure pénale.*

Une indemnité de carence est allouée à l'administrateur ad hoc qui n'a pu réaliser sa mission pour une cause qui lui est étrangère, sur la base d'un rapport indiquant les diligences accomplies, dans les conditions définies à l'article R. 53-8 du code de procédure pénale.

Le montant de ces indemnités est fixé par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé du budget.

Les frais de cette rémunération sont recouvrés par le Trésor contre la partie condamnée aux dépens, selon les procédures et sous les garanties prévues en matière d'amende pénale. En l'absence de condamnation aux dépens, les frais sont recouvrés contre la partie indiquée par le juge qui a désigné l'administrateur ad hoc. »

Art. A43-10 CPP (arrêté 2 septembre 2008)

« *Conformément aux dispositions de l'article 1210-3 du code de procédure civile, le montant de l'indemnité allouée à la personne désignée en qualité d'administrateur ad hoc dans le cadre d'une procédure civile est fixée à 200 euros.*

Le montant de l'indemnité de carence est fixé à 50 euros. »

Les textes applicables en matière pénale

II.

Désignation et contenu du mandat
Article 706-50 Code de procédure pénale

Art. 706-50 CPP (Loi du 17 juin 1998)

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

Profil de l'administrateur ad hoc
Article 706-51 Code de procédure pénale

Art. 706-51 CPP (Loi du 17 juin 1998)

« L'administrateur ad hoc nommé en application de l'article précédent est désigné par le magistrat compétent, soit parmi les proches de l'enfant, soit sur une liste de personnalités dont les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'Etat »

Procédure d'établissement des listes d'administrateur ad hoc

Articles R. 53 et suivants Code de procédure pénale.

Art. R. 53 CPP (Décret du 16 septembre 1999)

« Il est dressé tous les quatre ans, dans le ressort de chaque cour d'appel, une liste sur laquelle sont inscrits les administrateur ad hoc. Elle peut faire l'objet, en tant que de besoin, de mises à jour annuelles.

La liste des administrateurs ad hoc est tenue à la disposition du public dans les locaux du secrétariat-greffe de la cour d'appel et des tribunaux de grande instance. Elle peut également être affichée dans ces locaux. »

Art. R. 53-1 CPP (Décret du 16 septembre 1999)

« Une personne physique ne peut être inscrite sur la liste que si elle réunit les conditions suivantes :

1° Etre âgée de trente ans au moins et de soixante-dix ans au plus ;

2° S'être signalée depuis un temps suffisant par l'intérêt qu'elle porte aux questions de l'enfance et par sa compétence ;

3° Avoir sa résidence dans le ressort de la cour d'appel ;

4° N'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu à condamnation pénale ou à sanction disciplinaire ou administrative pour agissements contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ;

5° N'avoir pas été frappée de faillite personnelle ou d'une autre sanction en application du titre VI de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. »

Art. R. 53-2 CPP (Décret du 16 septembre 1999)

« En vue de l'inscription d'une personne morale sur une liste d'administrateur ad hoc, il doit être justifié :

1° Que les dirigeants de la personne morale remplissent les conditions prévues aux 4° et 5° de l'article précédent ;

2° Que chacune des personnes susceptibles d'exercer pour le compte de la personne morale une mission d'administrateur ad hoc remplit les conditions prévues audit article. »

Art. R 53-3 CPP (Décret du 16 septembre 1999)

« Les demandes d'inscription sont adressées au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel le candidat a sa résidence. Le procureur instruit les demandes. Il recueille l'avis du juge d'instruction, du juge des tutelles et, le cas échéant, du juge des enfants.

Il transmet le dossier, pour avis de l'assemblée générale de la juridiction, au président du tribunal de grande instance.

Le procureur de la République transmet ensuite le dossier avec l'avis de l'assemblée générale du tribunal au procureur général qui en saisit le premier président de la cour d'appel aux fins d'examen par l'assemblée générale de la cour.

L'assemblée générale dresse la liste des administrateurs ad hoc après avoir entendu le magistrat chargé du rapport et le ministère public. »

Art. R 53-4 CPP (Décret du 16 septembre 1999)

« Tous les quatre ans, les administrateur ad hoc figurant sur la liste prévue à l'article R. 53 forment une nouvelle demande d'inscription qui est instruite conformément aux dispositions de l'article R. 53-3. Ils justifient à cette occasion qu'ils ont respecté les obligations résultant des missions qui leur ont été confiées, et notamment celles qui figurent à l'article R. 53-8. »

Art. R. 53-5 CPP (Décret du 16 septembre 1999)

« La radiation d'un administrateur ad hoc peut être prononcée chaque année par l'assemblée générale de la cour d'appel, soit à la demande de l'intéressé, soit à l'initiative du premier président ou du procureur général, après que l'intéressé ait été mis à même de présenter ses observations, dès lors que l'une des conditions prévues aux articles R. 53-1 et R. 53-2 cesse d'être remplie ou que l'administrateur ad hoc n'a pas respecté les obligations résultant de sa mission.

En cas d'urgence, et après avoir mis l'intéressé en mesure de présenter ses observations, le premier président peut prononcer, à titre provisoire, la radiation de l'administrateur ad hoc.

La décision de radiation ne peut donner lieu qu'à un recours devant la Cour de cassation dans un délai d'un mois. »

Art. R. 53-6 CPP (Décret du 16 septembre 1999)

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

Recours contre la désignation de l'administrateur ad hoc

Article R. 53-7 CPP

Art. R. 53-7 CPP (Décret du 16 septembre 1999)

« La désignation d'un administrateur ad hoc en application des dispositions de l'article 706-50 est notifiée aux représentants légaux du mineur et peut être contestée par ces derniers par la voie de l'appel dans un délai de dix jours à compter de la notification. Cet appel n'est pas suspensif. Il est porté devant la chambre de l'instruction ou la chambre des appels correctionnels. »

Rapport de fin de mission
Article R. 53-8 CPP

Art. R. 53-8 CPP (Décret du 16 septembre 1999)

« Dans les trois mois de l'achèvement de sa mission, l'administrateur ad hoc transmet à l'autorité qui l'a désigné un rapport dans lequel sont détaillées les démarches effectuées pour l'exercice de la mission définie à l'article 706-50, et précisées, le cas échéant, les formalités accomplies en vue du placement des sommes perçues par le mineur à l'occasion de la procédure. »

Indemnisation de l'administrateur ad hoc
Articles R 216 et R 216-1 Code de procédure pénale

Art. R92 CPP (Décret du 16 septembre 1999 modifié par le décret du 22 octobre 2007)

« *Les frais de justice criminelle, correctionnelle et de police sont :*

*(...) *21° Les frais des administrateurs ad hoc lorsqu'ils figurent sur la liste prévue à l'article R. 53 ou qu'il a été fait application des dispositions de l'article R. 53-6 ; »*

Art. R 216 CPP (Décret du 16 septembre 1999 modifié par le décret du 30 juillet 2008)

« *En sus du remboursement de ses frais de déplacement, calculés dans les conditions fixées pour les déplacements des personnels civils de l'Etat pour le ministère de la justice, il est alloué à chaque personne désignée en qualité d'administrateur ad hoc, lorsqu'elle figure sur la liste prévue à l'article R. 53 ou qu'il a été fait application des dispositions de l'article R. 53-6, pour l'ensemble des frais exposés pour la défense des intérêts d'une victime mineure des indemnités, dont les montants Iaah1 à Iaah11 sont fixés par arrêté conjoint du ministre chargé du budget et du ministre de la justice, selon les distinctions suivantes :*

1° Pour une enquête qui n'a pas été suivie d'une instruction préparatoire lorsque la désignation de l'administrateur ad hoc a été faite par le procureur de la République : Iaah1 ;

2° Pour une instruction correctionnelle lorsque les faits ont donné lieu à l'ouverture d'une information devant le juge d'instruction : Iaah2 ;

3° Pour une instruction criminelle lorsque les faits ont donné lieu à l'ouverture d'une information devant le juge d'instruction : Iaah3 ;

4° Pour une instruction devant le juge des enfants lorsque les faits ont donné lieu à l'ouverture d'une information : Iaah4 ;

5° Pour une fonction d'accompagnement du mineur à une audience du tribunal correctionnel : Iaah5 ;

6° Pour une fonction d'accompagnement du mineur à une audience de la cour d'assises des mineurs : Iaah6 ;

7° Pour une fonction d'accompagnement du mineur à une audience du tribunal pour enfants statuant en matière correctionnelle : Iaah7 ;

8° Pour une fonction d'accompagnement du mineur à une audience du tribunal pour enfants statuant en matière criminelle : Iaah8 ;

9° Pour la représentation du mineur lorsque l'administrateur ad hoc interjette appel devant la chambre des appels correctionnels ou la chambre spéciale des mineurs : Iaah9 ;

10° Pour la représentation du mineur lorsque l'administrateur ad hoc interjette appel devant la cour d'assises des mineurs statuant en appel : Iaah10 ;

11° Pour une indemnité de carence en cas de difficultés dans le déroulement de la mission de l'administrateur ad hoc, sur la base d'un rapport indiquant les diligences accomplies, dans les conditions définies à l'article R. 53-8 : Iaah11. »

Art. R 216-1 CPP (Décret du 16 septembre 1999 modifié par le décret du 30 juillet 2008)

« En cas d'ouverture d'une information judiciaire, une provision d'un montant maximum de Iaah2 peut être accordée par le juge d'instruction à l'administrateur ad hoc, sur sa demande, si ce dernier remet en cours de mission et au moins six mois après sa désignation, un rapport récapitulant les démarches effectuées et les formalités accomplies. »

Art. A43-8 CPP (Arrêté du 2 septembre 2008)

« Conformément aux dispositions des [articles R. 216 et R. 216-1](#), il est alloué aux personnes désignées en qualité d'administrateur ad hoc dans le cadre d'une procédure pénale des indemnités correspondant aux montants Iaah 1 à Iaah 11 qui sont fixés dans le tableau ci-après :

INDICE	MONTANT
<i>Iaah 1</i>	<i>175 euros</i>
<i>Iaah 2</i>	<i>250 euros</i>
<i>Iaah 3</i>	<i>450 euros</i>
<i>Iaah 4</i>	<i>125 euros</i>
<i>Iaah 5</i>	<i>100 euros</i>
<i>Iaah 6</i>	<i>300 euros</i>
<i>Iaah 7</i>	<i>75 euros</i>
<i>Iaah 8</i>	<i>100 euros</i>
<i>Iaah 9</i>	<i>100 euros</i>
<i>Iaah 10</i>	<i>300 euros</i>
<i>Iaah 11</i>	<i>50 euros</i>

NOTA:

Conformément à l'article 4 de l'arrêté du 2 septembre 2008, les tarifs fixés à l'article A. 43-8 sont applicables aux missions réalisées sur réquisitions prises à compter de la date de publication de l'arrêté susvisé. (11 septembre 2008) »

Les textes applicables aux mineurs étrangers isolés

Placement en zone d'attente

Article L.221-5 Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile

Art. L.221-5 CESEDA (Loi du 24 juillet 2006)

« Lorsqu'un étranger mineur non accompagné d'un représentant légal n'est pas autorisé à entrer en France, le procureur de la République, avisé immédiatement par l'autorité administrative, lui désigne sans délai un administrateur ad hoc. Celui-ci assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente et assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles afférentes à son entrée en France.

L'administrateur ad hoc est désigné par le procureur de la République compétent sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en conseil d'Etat. Ce décret précise également les conditions de leur indemnisation. »

Maintien en zone d'attente

Article L.223-1 CESEDA

Art. L.223-1 CESEDA (version en vigueur au 1^{er} mars 2005)

« Pendant toute la durée du maintien en zone d'attente, l'étranger dispose des droits qui lui sont reconnus à l'article L. 221-4. Le procureur de la République ainsi que, à l'issue des quatre premiers jours, le juge des libertés et de la détention peuvent se rendre sur place pour vérifier les conditions de ce maintien et se faire communiquer le registre mentionné à l'article L. 221-3. Le procureur de la République visite les zones d'attente chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par an. Tout administrateur ad hoc désigné en application des dispositions de l'article L. 221-5 doit, pendant la durée du maintien en zone d'attente du mineur qu'il assiste, se rendre sur place.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'accès du délégué du haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés ou de ses représentants ainsi que des associations humanitaires à la zone d'attente. »

Demande d'asile sur le territoire

Article L.751-1 CESEDA

Art. L.751-1 CESEDA (version en vigueur au 1^{er} mars 2005)

« Lorsque la demande d'asile est formée par un mineur sans représentant légal sur le territoire français, le procureur de la République, avisé par l'autorité administrative, lui désigne un administrateur ad hoc. Celui-ci assiste le mineur et assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à la demande d'asile.

L'administrateur ad hoc nommé en application de ces dispositions est désigné par le procureur de la République compétent sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise également les conditions de leur indemnisation.

La mission de l'administrateur ad hoc prend fin dès le prononcé d'une mesure de tutelle. »

Procédure d'établissement des listes d'administrateur ad hoc Articles R111-13 à R111-18 CESEDA
--

Art. R111-13 CESEDA (version en vigueur au 15 novembre 2006)

« Il est dressé tous les quatre ans, dans le ressort de chaque cour d'appel, une liste des administrateurs ad hoc désignés pour la représentation des mineurs maintenus en zone d'attente ou demandeurs du statut de réfugié en application des dispositions des articles L. 221-5 et L. 751-1. Cette liste peut, en tant que de besoin, faire l'objet de mises à jour.

La liste des administrateurs ad hoc est tenue à la disposition du public dans les locaux du secrétariat-greffe de la cour d'appel et des tribunaux de grande instance.

Elle peut également être affichée dans ces locaux. »

Art. R111-14 CESEDA (version en vigueur au 15 novembre 2006)

« Une personne physique ne peut être inscrite sur la liste que si elle remplit les conditions suivantes :

1° Etre âgée de trente ans au moins et soixante-dix ans au plus ;

2° S'être signalée depuis un temps suffisant par l'intérêt qu'elle porte aux questions de l'enfance et par sa compétence ;

3° Avoir sa résidence dans le ressort de la cour d'appel ;

4° N'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu à condamnation pénale ou à sanction disciplinaire ou administrative pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ;

5° N'avoir pas été frappée de faillite personnelle ou d'une autre sanction en application du livre VI du code de commerce relatif aux difficultés des entreprises. »

Art. R111-15 CESEDA (version en vigueur au 15 novembre 2006)

« En vue de l'inscription d'une personne morale sur la liste d'administrateurs ad hoc, il doit être justifié :

1° Que les dirigeants de la personne morale remplissent les conditions prévues aux 4° et 5° de l'article R. 111-14 ;

2° Que chacune des personnes susceptibles d'exercer pour le compte de la personne morale une mission d'administrateur ad hoc remplit les conditions prévues audit article. »

Art. R111-16 CESEDA (version en vigueur au 15 novembre 2006)

« Les demandes d'inscription sont adressées au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel le candidat a sa résidence. Le procureur instruit les demandes. Il recueille l'avis du juge des tutelles, du juge des enfants, du juge des libertés et de la détention, du président du conseil général et du directeur régional de la protection judiciaire de la jeunesse.

Il transmet le dossier, pour avis de l'assemblée générale de la juridiction, au président du tribunal de grande instance.

Le procureur de la République transmet ensuite le dossier avec l'avis de l'assemblée générale du tribunal au procureur général qui en saisit le premier président de la cour d'appel aux fins d'examen par l'assemblée générale de la cour.

L'assemblée générale dresse la liste des administrateurs ad hoc, après avoir entendu le magistrat chargé du rapport et le ministère public. »

Art. R111-17 CESEDA (version en vigueur au 15 novembre 2006)

« Tous les quatre ans, les administrateurs ad hoc figurant sur la liste prévue à l'article R. 111-13 formulent une nouvelle demande d'inscription qui est instruite conformément aux dispositions de l'article R. 111-16. Ils justifient à cette occasion qu'ils ont respecté les obligations résultant des missions qui leur ont été confiées, et notamment celles qui figurent à l'article R. 111-19. »

Art. R111-18 CESEDA (version en vigueur au 15 novembre 2006)

« La radiation d'un administrateur ad hoc peut être prononcée chaque année par l'assemblée générale de la cour d'appel, soit à la demande de l'intéressé, soit sur l'initiative du premier président ou du procureur général après que l'intéressé a été mis à même de présenter ses observations, dès lors que l'une des conditions prévues aux articles R. 111-14 et R. 111-15 cesse d'être remplie ou que l'administrateur ad hoc n'a pas respecté les obligations résultant de sa mission.

En cas d'urgence, et après avoir mis l'intéressé en mesure de présenter ses observations, le premier président peut prononcer, à titre provisoire, la suspension de l'administrateur ad hoc.

Les décisions prises en vertu du présent article ne peuvent donner lieu qu'à un recours devant la Cour de cassation dans un délai d'un mois suivant leur notification. »

Rapport de fin de mission Article R111-19 CESEDA
--

Art. R111-19 CESEDA (version en vigueur au 15 novembre 2006)

« Dans le mois de l'achèvement de chaque mission, l'administrateur ad hoc transmet au procureur de la République un rapport détaillant les démarches effectuées et, le cas échéant, aux fins d'assurer au mieux sa protection, les éléments d'information recueillis sur le mineur. »

Indemnisation de l'administrateur ad hoc Articles R93 et A43-11 Code de procédure pénale et R111-20 CESEDA
--

Art. R93 CPP (modifié par le décret du 30 juillet 2008)

« Sont en outre, assimilées aux frais de justice criminelle, correctionnelle et de police, les dépenses qui résultent :

*(...)*22° Des indemnités des administrateurs ad hoc désignés pour assurer la représentation des mineurs étrangers isolés en application des dispositions prévues à l'article R. 111-20 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. »*

Art. R111-20 CESEDA (Décret du 30 juillet 2008)

« En sus du remboursement de ses frais de déplacement, calculés dans les conditions fixées pour les déplacements des personnels civils de l'Etat pour le ministère de la justice, il est alloué à chaque personne désignée en qualité d'administrateur ad hoc lorsqu'elle figure sur la liste prévue à l'article R. 111-13 :

1° Une indemnité au titre des frais exposés pour l'assistance du mineur durant son maintien en zone d'attente et sa représentation dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien ainsi que celles afférentes à son entrée sur le territoire national en vertu des dispositions du titre II du livre II et

de l'article L. 624-1 du présent code et des articles L. 521-1, L. 521-2 et L. 521-3 du code de justice administrative ;

2° Une indemnité au titre des frais exposés pour l'assistance du mineur et sa représentation dans la procédure relative à l'examen de sa demande d'asile par l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides en application des dispositions du livre VII du présent code ;

3° Une indemnité au titre des frais exposés pour l'assistance du mineur et sa représentation dans les procédures relatives à l'examen de sa demande d'asile devant la Cour nationale du droit d'asile et devant le Conseil d'Etat, en application des dispositions du livre VII du présent code.

Une indemnité de carence est allouée lorsque la mission n'a pu être réalisée pour une cause étrangère à l'administrateur ad hoc, sur la base d'un rapport indiquant les diligences accomplies, dans les conditions définies à l'article R. 53-8 du code de procédure pénale.

Le montant des indemnités est fixé par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé du budget. »

Art. A43-11 CPP (arrêté du 2 septembre 2008)

« Conformément aux dispositions de l'article R. 111-20 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le montant des indemnités allouées à la personne désignée en qualité d'administrateur ad hoc dans le cadre d'une procédure de maintien en zone d'attente ou d'une procédure de demande d'asile est fixé ainsi qu'il suit :

150 euros pour l'indemnité prévue au 1° ;

150 euros pour l'indemnité prévue au 2° ;

150 euros pour l'indemnité prévue au 3°.

Le montant de l'indemnité de carence est fixé à 50 euros. »
