

1 Evaluer le discernement : une perspective biopsychosociale

2 Assessing the capacity to discern : a biopsychosocial perspective

3

4 Maïté BRUNEL<sup>1\*</sup>, Blandine MALLEVAEY<sup>2</sup>, Nathalie PRZYGODZKI-LIONET<sup>1</sup>

5 <sup>1</sup>Univ. Lille, ULR 4072 - PSITEC - Psychologie : Interactions Temps Émotions Cognition, F-  
6 59000 Lille, France

7 <sup>2</sup>Faculté de Droit de l'Université catholique de Lille, Chaire Enfance et familles du C, Centre  
8 de recherche sur les relations entre le risque et le droit

9

10 \*Auteur correspondant

11 Maïté BRUNEL : [maite.brunel@univ-lille.fr](mailto:maite.brunel@univ-lille.fr)

12 Université de Lille, UFR de Psychologie, Laboratoire PSITEC

13 Domaine universitaire du Pont-de-Bois, 59653 VILLENEUVE D'ASCQ CEDEX

14

15

16 Remerciements :

17 Nous remercions le Groupement d'Intérêt Public : Mission de recherche Droit et Justice qui a  
18 financé la mise en œuvre du projet de recherche ADEJAF qui a permis la tenue de cette étude.

19

Accepted manuscript

## 20 **Résumé**

21 L'article 388-1 du Code civil en France mentionne que « dans toute procédure le concernant,  
22 le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge ». Les juges aux affaires  
23 familiales ont pour tâche d'évaluer la capacité de discernement du mineur en n'ayant ni  
24 définition du discernement ni méthode d'évaluation, et en étant sommés de ne pas utiliser le  
25 critère de l'âge. À partir des quelques travaux sur le discernement, nous proposons un schéma  
26 présentant les composants du discernement et les facteurs biopsychosociaux pouvant affecter  
27 le discernement d'un choix/avis exprimé. L'objectif de cette recherche est d'identifier les  
28 éléments pris en compte par des juges aux affaires familiales pour apprécier le discernement  
29 chez l'enfant et de confronter ces éléments à ceux du schéma. Trente-deux juges aux affaires  
30 familiales ont participé à cette étude. Les juges interrogés rapportent certains facteurs identifiés  
31 dans le schéma, d'autres ne sont jamais évoqués. D'un point de vue théorique, cette recherche  
32 alimente les recherches et les réflexions autour de l'évaluation du discernement. D'un point de  
33 vue pratique, cette recherche permet de donner un cadre de réflexion structuré aux juges aux  
34 affaires familiales vis-à-vis de cette notion de discernement. Cette réflexion pourra également  
35 servir à d'autres professionnels qui peuvent être amenés, de façon implicite, à estimer le niveau  
36 de discernement, par exemple les enquêteurs sociaux, les avocats et les psychologues.

37 Mots clés : Discernement, consentement, biopsychosocial, mineur, justice

38 **Abstract**

39 Article 388-1 of the French Civil Code states that "in any proceedings concerning him, a  
40 minor capable of discernment may be heard by the judge". Family court judges have the task  
41 of assessing the minor's capacity of discernment by having neither a definition of discernment  
42 nor a method of evaluation and by being ordered not to use the age criterion. Following a  
43 review of the literature, we propose a sketch presenting the components of discernment and  
44 the biopsychosocial factors that can affect the discernment of an expressed choice/opinion.  
45 The objective of this research is to compare the representation of judges' discernment in  
46 family cases with this sketch Thirty two family judges participated in this study. The results  
47 show a partial representation of judgment among the judges surveyed, with some factors  
48 being under-represented and others never mentioned. The theoretical and practical  
49 implications of this research will be discussed.

50 Key Words: Discernment, consent, biopsychosocial, child, justice

Accepted Manuscript

## 1 Introduction

51  
52 Tous les jours nous exprimons des avis ou prenons des décisions pour soi et pour autrui.  
53 Si les conséquences de l'expression de certains avis ou de certaines décisions sont anodines  
54 (ex : dire si on préfère telle ou telle chose, choisir notre tenue vestimentaire pour la journée),  
55 d'autres ont des conséquences de plus grande ampleur (ex : énoncer publiquement nos  
56 préférences politiques, choisir les études que l'on va faire, se marier, avoir des enfants...). Dans  
57 certaines situations, l'expression d'une préférence (un avis) ou d'une décision prise peut être  
58 questionnée par des personnes extérieures se demandant si cet avis ou cette décision sont le  
59 fruit d'une réflexion approfondie et/ou si la personne qui les a exprimés était discernante. Dans  
60 ce sens, en France, les juges aux affaires familiales (JAF) doivent appliquer l'article 388-1 du  
61 Code civil qui précise que l'enfant peut être entendu par le juge dans les procédures qui le  
62 concernent, à la condition qu'il soit capable de discernement. Cette notion n'ayant pas été  
63 définie dans la loi, juger de la capacité de discernement chez autrui semble reposer sur des  
64 évaluations très subjectives pour les juges (voir Mallevaey et al., 2018). L'évaluation est  
65 d'autant plus difficile du fait de l'existence d'une injonction de la Cour de Cassation<sup>i</sup>  
66 proscrivant aux juges d'utiliser le critère de l'âge pour apprécier le discernement. L'objectif de  
67 cet article est de recenser dans la littérature scientifique les éléments permettant d'apprécier le  
68 discernement et de présenter une étude comparant ces éléments à ceux utilisés par des JAF pour  
69 apprécier le discernement chez l'enfant.

### 1.1 Définitions

70  
71 Le discernement est défini dans le Larousse comme la « faculté d'apprécier sainement  
72 les choses ; intelligence, sens critique ». Dans cette définition, l'expression « sainement »  
73 révèle la prémisse de l'existence de facteurs pouvant influencer une appréciation « saine ».  
74 Quelques facteurs d'influence sont au cœur de la définition de la capacité de discernement  
75 inscrite dans l'article 16 du Code civil suisse : « Toute personne qui n'est pas privée de la faculté

76 d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de trouble psychique,  
77 d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement au sens de la présente loi »  
78 (Trachsel, Hermann, & Biller-Andorno, 2014, p. 221). Selon cette définition, la capacité de  
79 discernement serait la faculté d'agir avec raison, cette dernière pouvant être affectée par des  
80 facteurs tels que le jeune âge, la déficience mentale, les troubles psychiques, l'ivresse. Ces  
81 définitions en matière de faculté d'apprécier sainement les choses ou de faculté d'agir avec  
82 raison renvoient principalement à des facteurs individuels. Or les chercheurs ayant travaillé sur  
83 cette question insistent sur le fait que la capacité de discernement est également situationnelle  
84 et relative, dans le sens où elle est spécifique à une situation ou à une décision précise et qu'elle  
85 pourrait évoluer dans le temps (e.g., Miller, Drotar, & Kodish, 2004 ; Trachsel, Hermann, &  
86 Biller-Andorno, 2014 ; Wasserfallen, Stiefel, Clarke, & Crespo, 2004).

87 Si l'évaluation des capacités intellectuelles et morales a fait l'objet de nombreuses  
88 études en psychologie (voir Bègue, Bachler, Blatier, & Przygodzki-Lionet, 2013), celle du  
89 discernement quant à un choix<sup>1</sup>, alors même qu'elle renvoie à la notion fondamentale de  
90 consentement éclairé qui est au cœur des pratiques des psychologues (voir le Code de  
91 déontologie des psychologues de mars 1996, révisé en février 2012), a été peu étudiée par cette  
92 communauté. C'est dans le domaine des sciences médicales, et plus particulièrement  
93 psychiatriques, que l'on trouve la majorité si ce n'est la totalité des réflexions et des recherches  
94 sur l'évaluation du discernement qui peuvent être utiles pour les juges aux affaires familiales.  
95 Il s'agit plus particulièrement d'évaluer la capacité d'un patient à consentir à un traitement  
96 médical ou thérapeutique (e.g., Cosserson, 2018 ; Miller, Drotar, & Kodish, 2004 ; Trachsel,  
97 Hermann, & Biller-Andorno, 2014 ; Wasserfallen, Stiefel, Clarke, & Crespo, 2004). Dans ce  
98 cadre, il s'agit de mieux comprendre si le consentement est exprimé par un individu qui est  
99 discernant ou non. Dans ces travaux, la notion de discernement n'est pas présentée comme telle.

---

<sup>1</sup> Nous écartons ici les travaux sur le discernement lors d'un passage à l'acte violent et/ou criminel.

100 Les chercheurs proposent non pas d'estimer si l'individu est discernant ou pas (évaluation  
101 binaire), mais d'évaluer de façon multifactorielle si l'individu possédait toutes ses facultés et  
102 toutes les informations permettant d'exprimer un consentement de façon libre et éclairée. Dans  
103 ce cadre, la notion de consentement éclairé inclut : « la compétence de comprendre et de  
104 décider, la liberté, la prise de décision, la compréhension des éléments d'information, et la  
105 décision et l'autorisation d'agir » (Beauchamp & Childress cités par Miller, Drotar, & Kodish,  
106 2004, p. 256). De ce fait, les recherches sur le discernement d'un consentement exprimé sont  
107 pertinentes pour alimenter les connaissances générales sur le discernement.

108 Dans le domaine de la justice pénale, la question de l'évaluation du discernement est centrale  
109 lorsqu'on fait face à un individu ayant commis un acte criminel. Le discernement n'est pas  
110 associé à un choix, mais à un acte. Dans ce cadre, la notion de discernement intègre : « la  
111 volonté d'accomplir une action, la compréhension de la finalité à laquelle aboutit cet acte  
112 (anticipation des effets), l'anticipation des conséquences pour un tiers ou la collectivité, le  
113 maintien de la conscience que l'acte ou sa finalité sont frappés d'interdits sociaux » (Schweitzer  
114 & Puig-Verges, 2001, p. 728). Les composantes du discernement dans ce cadre sont fortement  
115 similaires à celles du discernement dans le cadre médical, si ce n'est la référence au caractère  
116 infractionnel/asocial de l'acte. Dans le domaine de la justice pénale, la question du  
117 discernement est également présente face à un enfant potentiellement victime qui aurait  
118 consenti à un acte qui pourrait avoir été réalisé sans discernement de sa part (e.g., Schvan &  
119 Trichet, 2020). Les éléments caractéristiques du discernement, mentionnés préalablement,  
120 semblent tout à fait être transposables à ce type de situation. Enfin, toujours dans des affaires  
121 pénales, la loi indique que la question du discernement d'un enfant victime ou d'un enfant  
122 témoin n'est pas à prendre en compte, la parole de l'enfant ne pourrait être écartée au seul motif  
123 qu'il ne serait pas doté de discernement. Néanmoins dans ces mêmes affaires, il est probable

124 que cette question de l'évaluation du discernement soit activée à travers la notion de véracité,  
125 autrement dit du rapport avec la vérité (Daligand, 2009).

126 Dans le domaine de la justice civile, nous ne sommes pas face à l'évaluation du discernement  
127 quant à un acte, mais quant à la capacité d'exprimer un avis. L'enfant n'est pas celui qui prend  
128 la décision (c'est au juge qu'incombe cette responsabilité), il n'en demeure pas moins que  
129 l'enfant peut exprimer au juge son avis et que l'expression de cet avis peut elle-même être  
130 associée à plus ou moins de discernement. C'est dans ce sens que les critères de discernement  
131 associés à un avis sont de notre point de vue les mêmes que les critères de discernement associés  
132 à un choix (e.g., un consentement).

133 Une distinction entre le domaine pénal et les domaines médical et civil peut être dressée lors du  
134 processus d'évaluation du discernement. Lors d'une évaluation (expertise) pénale, il s'agit à la  
135 fois de réaliser un diagnostic actuel, un diagnostic rétrospectif (état mental au moment des faits)  
136 et une interprétation médico-légale du lien entre l'état mental au moment des faits et l'infraction  
137 (e.g., Zagury, 2006, p. 848), tandis que lors de l'évaluation par le médecin ou le JAF, il s'agit  
138 seulement de réaliser un jugement (diagnostic) actuel de la capacité de discernement. En ce qui  
139 concerne les JAF, ces derniers n'ayant pas encore rencontré l'enfant lors de leur évaluation de  
140 son discernement, nous pouvons dire que les JAF réalisent en réalité un jugement prospectif de  
141 la capacité de discernement. Nonobstant ce point problématique qui relève de la « pensée  
142 magique », nous proposons de recenser les critères permettant d'évaluer de façon plus objective  
143 la capacité de discernement.

## 144 **1.2 Apprécier de la capacité de discernement : transposition du médical au judiciaire**

145 En Suisse, l'article 16 du Code civil oblige à une appréciation médicale de la capacité de  
146 discernement si le médecin traitant doute qu'un patient soit en mesure de prendre une décision  
147 pour ou contre une option thérapeutique (voir Trachsel, Hermann, & Biller-Andorno, 2014).

148 Dans le même sens, en Angleterre et aux Pays de Galles, « The Common Law », « The Children

149 Act 1989 » et « The mental health Act 1983 » (cités par Bailey & Harbour, 1999) ordonnent  
150 qu'un consentement valide soit obtenu, quel que soit l'âge de l'enfant, avant que ne lui soit  
151 administré un traitement. En conséquence, des guides d'évaluation du discernement ont été  
152 proposés aux professions médicales.

153 Les recherches dans ce domaine convergent pour dire que l'évaluation de la capacité de  
154 discernement pour prendre une décision, pour effectuer un choix ou exprimer un avis, doit  
155 prendre en compte des facteurs cognitifs, affectifs et volitifs (Trachsel, Hermann, & Biller-  
156 Andorno, 2014 ; Wasserfallen, Stiefel, Clarke, & Crespo, 2004). Pour évaluer la capacité de  
157 discernement, il s'agit alors d'évaluer les aptitudes de la personne concernée à comprendre les  
158 informations données sur la décision à prendre, l'aptitude à juger correctement la situation et  
159 les conséquences d'options alternatives, à raisonner à propos des options et de communiquer  
160 un choix (e.g., Appelbaum, 2007 ; Bailey & Harbour, 1999 ; Wasserfallen, Stiefel, Clarke, &  
161 Crespo, 2004). Wasserfallen et al. ajoutent la capacité de maintenir le choix en plus de le  
162 communiquer. Avec les enfants, Bailey et Harbour adjoignent l'aptitude à mémoriser  
163 l'information assez longtemps pour faire un choix effectif et que ce choix doit être libre, deux  
164 ajouts qui pourraient tout aussi être valables avec les adultes. En plus de ces aptitudes  
165 spécifiques, il s'agit par ailleurs d'évaluer l'état de conscience et l'orientation spatio-temporelle  
166 ainsi que de prendre en compte l'existence d'une lésion cérébrale, d'une affection  
167 psychiatrique, d'un état confusionnel médicamenteux et/ou carenciel (Trachsel, Hermann, &  
168 Biller-Andorno, 2014 ; Wasserfallen et al., 2004). En outre, avec les enfants, Pearce (1994)  
169 précise qu'il faut également tenir compte de leurs stades de développement cognitif, leur  
170 compréhension de la signification du temps passé, présent et futur, leur concept de soi, leur  
171 compréhension de leurs propres besoins et ceux des autres. Il ajoute la prise en considération  
172 de la qualité de la relation avec les parents et avec le médecin, le point de vue d'autres personnes  
173 qui pourraient influencer la décision, le besoin de consensus (plus de temps, d'informations).



174 Ce recensement des facteurs à prendre en compte pour évaluer la capacité de discernement est  
175 illustré par le schéma 1 que l'on pourrait qualifier de biopsychosocial. En somme, les éléments  
176 constitutifs du discernement quant à un choix seraient ainsi influencés par plusieurs facteurs  
177 cognitifs et socioaffectifs, les facteurs cognitifs pouvant eux-mêmes être affectés par différents  
178 facteurs neuropsychologiques comme des lésions cérébrales, la prise de médicaments et/ou de  
179 toxiques et des troubles psychologiques (Appelbaum, 2007 ; Bailey & Harbour, 1999 ; Pearce  
180 (1994) ; Trachsel, Hermann, & Biller-Andorno, 2014 ; Wasserfallen, Stiefel, Clarke, & Crespo,  
181 2004).

182 Si ces facteurs sont issus de réflexions sur la notion du discernement quant à un choix dans le  
183 domaine médical, ces facteurs semblent tout autant pertinents pour évaluer les capacités de  
184 discernement d'un enfant qui exprimerait un avis dans le domaine du civil. Mallevaey et al.  
185 (2018) se sont déjà inscrits dans cette perspective, en proposant d'adapter un protocole  
186 d'évaluation du discernement dans le domaine médical au domaine de la justice civile. Les  
187 auteurs ont réalisé des analyses thématiques du discours selon une procédure dite « par tas », la  
188 définition des catégories n'ayant été réalisée qu'à la fin du processus de catégorisation (Bardin,  
189 2013 ; Braun & Clarke, 2006) sur les réponses des JAF devant définir le discernement, et ont  
190 identifié 5 grandes catégories de réponses : 1) la faculté de compréhension ; 2) la faculté pour  
191 l'enfant de s'affranchir des opinions parentales et de l'influence de ses parents ou de toute autre  
192 personne ; 3) les facultés tenant à son expression ; 4) l'aptitude au raisonnement ; 5) la maturité  
193 de l'enfant et sa capacité à se repérer dans l'espace. Cette analyse thématique ne recouvre  
194 qu'une partie des éléments que l'on a identifiés dans le schéma. Il serait intéressant d'identifier  
195 de façon systématique si les autres éléments du schéma sont présents ou non dans les discours  
196 des JAF en utilisant une méthode d'analyse thématique selon une procédure dite « par boîtes »,  
197 la définition des catégories renverrait alors aux différents éléments du schéma. C'est ce que  
198 nous proposons de faire dans cette présente étude.

199 [Insérer le schéma 1]

### 200 **1.3 Outils d'évaluation du discernement**

201 La capacité du discernement étant une capacité multi-déterminée, l'évaluation s'en trouve  
202 d'autant plus complexe. Une enquête auprès de 763 médecins suisses dévoile de grandes  
203 disparités quant à leurs pratiques en matière d'évaluation des capacités de leurs patients à  
204 prendre la décision d'un choix thérapeutique (Hermann, Trachsel, Mitchell, & Biller-Andorno,  
205 2014). L'utilisation de procédures plus structurées semble avoir l'avantage d'obtenir des  
206 évaluations interjuges plus consensuelles (e.g., Marson, McInturff, Hawkins, Bartolucci, &  
207 Harrell, 1997). Dans des situations de doute, les chercheurs préconisent l'utilisation de  
208 procédures plus structurées et d'outils d'aide à l'évaluation. Par exemple, Wasserfallen et al.  
209 (2004), en plus de la prise en compte des facteurs médicaux et psychologiques, ont préconisé  
210 le questionnaire de Silberfeld, Nash et Singer (1993). Ce dernier est composé de neuf questions  
211 visant à apprécier la compréhension de la situation, l'expression d'un choix et de ses  
212 alternatives, la raison du choix, l'anticipation des conséquences à courts et longs termes pour  
213 le patient et l'entourage, et la capacité de maintenir le choix. Appelbaum (2007) propose un  
214 guide similaire visant à déterminer la capacité à communiquer un choix, à comprendre les  
215 informations pertinentes, à apprécier la situation et ses conséquences et à raisonner sur les  
216 différentes alternatives. L'aide à l'évaluation de la capacité à consentir proposée par Etchells et  
217 al. (1999) ressemble à celui d'Appelbaum et inclut des questions visant à évaluer la propension  
218 à prendre une décision qui ne serait pas issue d'hallucinations, de délusions ou de symptômes  
219 dépressifs.

220 À côté de ces guides d'entretien, il existe des échelles psychométriques plus générales qui  
221 donnent des diagnostics de discernement et qui sont corrélées à la capacité de consentir,  
222 comme : le « Mini-Mental State Examination » (Raymont et al., 2004 ; Trachsel, Hermann, &  
223 Biller-Andorno, 2014) et le « MacArthur Competence Assessment Tool Treatment » (Grisso,

224 Appelbaum, & Hill-Fotouhi, 1997 ; Raymont et al., 2004). Dans le contexte des affaires  
225 judiciaires civiles, étant donné que l'avis exprimé par l'enfant est informatif et non décisif  
226 puisque la décision revient au juge, on peut s'interroger sur l'utilité de l'usage de tels tests qui  
227 ne ferait qu'ajouter des coûts temporels et financiers supplémentaires. Néanmoins, l'évaluation  
228 des capacités de discernement, à travers un questionnaire visant à identifier (a) le niveau de  
229 compréhension de la situation par l'enfant, (b) son appréciation et ses capacités de raisonnement  
230 vis-à-vis de différentes options ainsi que (c) sa capacité d'exprimer son avis de façon libre,  
231 semble tout à fait pertinent.

#### 232 **1.4 Objectifs de l'enquête**

233 Si pour les adultes la capacité de discernement est présumée, ce n'est qu'en cas de doute  
234 que des aides à l'évaluation ont été proposées. Concernant les enfants, les doutes sur la capacité  
235 de discernement sont probablement systématiques. Ainsi les guides d'évaluation peuvent se  
236 révéler utiles et nécessaires pour ceux souhaitant plus d'objectivité et d'équité. Les travaux  
237 antérieurs sur le discernement montrent que l'évaluation de la capacité de discernement est  
238 multifactorielle et qu'elle nécessite une interaction avec la personne (l'enfant). Sans cette  
239 interaction, on peut faire l'hypothèse que le juge aux affaires familiales ne pourra qu'utiliser le  
240 peu d'information à sa disposition pour déterminer de la capacité de discernement de l'enfant.  
241 Avec l'accord des auteurs (Mallevaey et al. 2018), nous avons réalisé une nouvelle analyse  
242 catégorielle des réponses des JAF interrogés sur l'évaluation du discernement chez l'enfant.  
243 Ceci afin de comparer de façon systématique les réponses des JAF aux éléments identifiés dans  
244 le schéma 1. D'après Moscovici ([1961] 2008), les représentations sociales sont des formes de  
245 connaissances sociales qui diffèrent des connaissances scientifiques. Aussi, même si notre étude  
246 n'a pas pour objectif d'identifier une représentation sociale, nous nous attendons à ce que les  
247 éléments permettant aux JAF d'apprécier le discernement ne recouvrent que partiellement les  
248 éléments identifiés dans le schéma biopsychosocial d'évaluation de la capacité de discernement.

249

## 2 Méthode

### 250 2.1 Population

251 Vingt-huit juges aux affaires familiales (dont 23 femmes)<sup>ii</sup> ont accepté de participer librement  
252 et volontairement à cette étude et d'être audio-enregistrés. Notons que quatre juges  
253 supplémentaires ont accepté d'être entendus, mais n'ont pas souhaité être audio-enregistrés,  
254 leurs réponses n'ont donc pas été traitées. La moyenne d'ancienneté des juges de cette étude est  
255 d'environ seize ans avec un minimum de deux ans et pouvant aller jusqu'à quarante ans. En  
256 tant que JAF, l'ancienneté moyenne est de quatre ans (min=1 an ; max=10 ans). Dix ont  
257 également exercé la fonction de juge des enfants durant leur carrière, dont quatre pendant plus  
258 de dix ans. À l'unanimité, les JAF nous informent qu'ils n'ont reçu aucune formation sur  
259 l'évaluation du discernement. Néanmoins, dix d'entre eux ont assisté à une formation générale  
260 sur l'audition de l'enfant.

### 261 2.2 Procédure

262 Les JAF ont été contactés par mail ou par téléphone par un assistant de recherche. L'étude a été  
263 présentée comme une enquête sur les pratiques professionnelles en matière d'audition des  
264 mineurs et sur la question du discernement chez le mineur. Vingt-sept entretiens se sont  
265 déroulés dans le bureau des juges interrogés et 2 entretiens ont eu lieu par téléphone. Ils ont  
266 tous été audio-enregistrés puis intégralement retranscrits.

267 Pour débiter l'entretien, l'enquêteur a garanti aux participants : leur droit d'arrêter l'étude à  
268 tout moment, une analyse confidentielle de leurs réponses et l'anonymisation de leurs données  
269 lors de la présentation des résultats. Après avoir rempli et signé un formulaire de consentement,  
270 l'entretien s'est déroulé en cinq phases : une phase de questionnement sur leur parcours  
271 professionnel, une phase de questionnement sur leurs techniques d'audition des mineurs, une  
272 phase de questionnement semi-directif sur la question du discernement, une phase de

273 commentaire sur un protocole d'évaluation du discernement proposé par Wasserfallen et al.  
274 (2004), une question sur leur formation en matière de discernement.

275 Cet article présente les résultats des analyses des réponses rapportées à la question « Pouvez-  
276 vous nous parler du discernement » et/ou à la question alternative « pouvez-vous nous donner  
277 une définition du discernement ». Les résultats de l'ensemble de l'enquête sont disponibles dans  
278 le rapport (Mallevaey et al., 2018).

### 279 **2.3 Analyse des réponses**

280 À partir du schéma extrapolé (Schéma 1) de travaux sur le discernement, nous avons élaboré  
281 une grille de cotation correspondant aux éléments identifiés comme centraux pour apprécier le  
282 discernement à savoir : comprendre la situation/les informations ; apprécier les conséquences  
283 des différentes options ; raisonner sur les différentes options ; exprimer une  
284 décision/choix/avis ; librement. La grille comprend également des éléments pouvant affecter  
285 les composantes du discernement comme les facteurs cognitifs en lien avec le niveau  
286 développemental (langage, mémorisation, raisonnement, notion de temps, concept de soi) et les  
287 facteurs socioaffectifs (relations avec le professionnel, relations avec les parents, relations avec  
288 d'autres personnes, émotions, valeurs). Enfin apparaissent des facteurs neuropsychologiques  
289 (lésions cérébrales, médicaments, toxiques, troubles psychologiques) qui peuvent être mis en  
290 lien avec les facteurs cognitifs et socioaffectifs. Nous avons procédé à une analyse en termes  
291 de présence-absence de chacun de ces éléments dans les réponses des juges.

## 292 **3 Résultats**

293 L'analyse catégorielle d'apparition de chacun des critères montre par ordre décroissant que sur  
294 29 juges : « comprendre la situation » est mentionné par 20 juges, « exprimer un choix ou un  
295 avis » est invoqué par 19 juges, « relations avec les parents » est évoqué par 18 juges, la notion  
296 de « liberté » par 16 juges, le « stade de développement » par 12 juges (bien que cet élément  
297 corresponde à une catégorie regroupant plusieurs éléments, nous avons tout de même choisi de

298 le rapporter). Les autres critères sont cités par un nombre moins important de juges : langage  
299 (7), troubles psychologiques (4), capacité de raisonnement (4), apprécier les conséquences (4),  
300 raisonner sur les différentes options (4). Certains critères sont quasiment voire pas du tout  
301 évoqués : émotion (2), lésions cérébrales (1), notion du temps (1), concept de soi (1),  
302 médicaments (0), toxiques (0), mémoire (0), relations avec le professionnel (0), relations avec  
303 les autres (0), les valeurs (0).

#### 304 4 Discussion

305 Après avoir identifié dans la littérature scientifique des éléments permettant d'apprécier la  
306 notion de discernement, et les avoir recensés dans un schéma, nous avons observé si ces  
307 éléments étaient cités par des juges aux affaires familiales qui sont amenés à apprécier le  
308 discernement chez les enfants leur adressant une demande d'être entendus dans une affaire les  
309 concernant. Les résultats montrent que trois des cinq composantes du discernement sont  
310 majoritairement évoquées : comprendre la situation, exprimer une décision, et ce librement. En  
311 revanche, les composantes relatives à l'appréciation des conséquences et le raisonnement sur  
312 les différentes options ne sont pratiquement pas mentionnés. Cela est très certainement en lien  
313 avec le fait que les juges indiquent bien à l'enfant que la décision leur revient. Nous pouvons  
314 dans cette situation d'évaluation du discernement pour des affaires au civil questionner l'utilité  
315 de ces deux éléments. En effet, engager une discussion sur l'appréciation des conséquences et  
316 engager l'enfant dans un processus de raisonnement, pourraient être perçus comme accorder  
317 une plus grande place à l'avis exprimé par l'enfant. D'un autre côté, ces deux éléments  
318 permettent d'accéder à une évaluation du degré de discernement plus complet, et participe dans  
319 le même temps à recueillir de façon plus étayée la parole de l'enfant. Concernant les facteurs  
320 cognitifs influençant les capacités de discernement, le stade de développement et la capacité à  
321 s'exprimer (langage) sont évoqués par quelques JAF, en revanche, le raisonnement, la notion  
322 du temps et le concept de soi sont rarement, voire pas du tout évoqués. Cette sous-représentation

323 de ces trois derniers éléments est assez cohérente avec la sous-représentation des éléments liés  
324 à l'appréciation et le raisonnement sur différentes options puisqu'ils entretiennent certainement  
325 des liens. Parmi les facteurs socioaffectifs, les relations avec les parents sont mentionnées par  
326 près de 2 juges sur 3, en revanche, les autres facteurs sont sous représentés voire jamais  
327 mentionnés. Par exemple, les JAF ne font jamais référence au fait que les capacités de  
328 discernement puissent être influencées par la relation qu'il crée avec l'enfant. Or, les travaux  
329 menés sur le recueil de la parole de l'enfant dans des affaires pénales montrent que le rapport  
330 créé par l'enquêteur a une incidence directe sur la capacité de l'enfant à s'exprimer (pour une  
331 méta-analyse voir Lavoie et al., 2021). De même, le critère des relations avec d'autres personnes  
332 n'est pas mentionné, il est probable que cet élément soit également en lien avec l'appréciation  
333 et le raisonnement sur les différentes options ; or nous avons déjà indiqué que ces éléments du  
334 discernement n'étaient pas pris en compte par les JAF. Le rôle des émotions et des valeurs, tout  
335 comme les facteurs neuropsychologiques, sont peu voire jamais mentionnés : nous pouvons  
336 probablement à nouveau expliquer cette sous-représentation par le fait que la décision du juge  
337 incombe à ce dernier et non pas à l'enfant. Les résultats de cette étude permettent d'identifier  
338 quatre éléments majeurs utilisés par les JAF pour apprécier les capacités de discernement chez  
339 l'enfant : comprendre la situation, exprimer un avis, librement, et la relation avec les parents.  
340 Rappelons tout de même que les résultats prennent appui sur les réponses spontanées des juges  
341 aux affaires familiales, il est très probable que dans leur pratique d'évaluation les différentes  
342 composantes de la capacité de discernement et les multiples facteurs d'influences soient  
343 mobilisés de façon plus ou moins consciente.

344 Cette étude présente des limites relatives à la méthode d'enquête par entretien. Si elle a  
345 l'avantage de permettre l'expression des singularités, elle est sensible aux biais d'introspection  
346 et de désirabilité sociale. Il serait intéressant de poursuivre cette enquête par la diffusion d'un  
347 questionnaire qui permettrait de questionner un plus grand nombre de JAF.

348 Par ailleurs, notre étude souligne l'inadéquation temporelle et procédurale de l'évaluation du  
349 discernement. En effet, d'un point de vue psychologique, la détermination de l'évaluation du  
350 discernement avant toute rencontre avec l'enfant pose problème, car comme nous l'avons déjà  
351 mentionnée, cette évaluation nécessite une interaction avec l'enfant. Le processus d'évaluation  
352 du discernement que nous avons présenté n'est utilisable que dans un cadre interactionnel. De  
353 ce fait, nous sommes d'accord avec Mallevaey et al., (2018) qui préconisent une présomption  
354 de discernement à partir d'un certain âge : ces auteurs proposent l'âge de 10 ans. D'un point de  
355 vue psychologique, nous pourrions envisager que cette présomption de discernement, comme  
356 dans les affaires pénales, pourrait concerner tous les enfants puisqu'avec les critères du  
357 discernement présentés dans cet article, seule l'interaction avec l'enfant permet d'identifier  
358 objectivement le degré de discernement de l'enfant.

359 Un des intérêts théoriques de cette étude est de montrer le caractère transversal de l'apport des  
360 réflexions sur la question de l'évaluation du discernement dans le domaine du choix  
361 thérapeutique au domaine des affaires judiciaires civiles. Il serait toutefois opportun de tester  
362 la validité de la schématisation proposée.

363 L'apport pratique de cette étude est de proposer un guide de réflexion aux juges aux affaires  
364 familiales ayant à juger de la capacité de discernement de l'enfant demandant à être auditionné  
365 dans le cadre de l'affaire le concernant. Lors de la mise en œuvre d'une évaluation, plusieurs  
366 étapes pourraient être mises en œuvre. La capacité de discernement quant au choix ou à l'avis  
367 exprimé pourrait être évaluée à partir de questions spécifiques posées lors de l'audition, à  
368 l'instar des guides d'entretien proposés dans le domaine médical (e.g., Appelbaum, 2007 ;  
369 Wasserfallen, Stiefel, Clarke & Crespo, 1993 ; pour une adaptation au domaine des affaires  
370 familiales, voir Mallevaey & al., 2018). Préalablement ou *a posteriori*, il s'agirait pour le juge  
371 de prendre en compte les autres facteurs pouvant affecter la capacité de discernement. Si  
372 l'évaluation des facteurs neuropsychologiques n'est pas de la compétence d'un juge, mais de



373 spécialistes, il n'est pas non plus de la compétence des juges de faire passer des batteries de  
374 tests ou des échelles évaluant des capacités cognitives. Néanmoins, l'utilité de telles évaluations  
375 approfondies serait à démontrer au regard de l'intérêt de l'enfant dans le cadre des affaires  
376 familiales. En revanche, avoir des notions sur les stades de développement de certains facteurs  
377 cognitifs pourrait davantage être utile aux juges. Enfin, l'usage de ce modèle d'évaluation  
378 pourrait par ailleurs permettre de minorer les disparités des pratiques quant à l'évaluation des  
379 capacités de discernement et ainsi rendre l'accès au droit plus équitable. Il s'agit alors  
380 d'organiser la diffusion des savoirs issues des recherches scientifiques par le biais de formations  
381 à destination des JAF, mais également de tous les professionnels impliqués dans la chaîne  
382 judiciaire, notamment les psychologues.

## 383 **5 Conclusion**

384 Globalement, cette recherche permet de donner un cadre d'évaluation structuré aux JAF. Cette  
385 réflexion autour de la notion de discernement et de son évaluation participe à l'élaboration des  
386 connaissances sur d'autres situations où le discernement est questionné. Cette réflexion pourra  
387 également alimenter celle d'autres professionnels qui peuvent être amenés, de façon implicite,  
388 à estimer le niveau de discernement, par exemple les enquêteurs sociaux, les avocats, ou des  
389 psychologues sollicitées pour réaliser des expertises.

## 6 Références

- 390  
391  
392 Appelbaum, P. S. (2007). Assessment of patients' competence to consent to treatment. *The New*  
393 *England Journal of Medicine*, 357, 1834-1840. <https://doi.org/10.1056/NEJMcp074045>
- 394 Bailey, S., & Harbour, A. (1999). The law and a child's consent to treatment (England and  
395 Wales). *Child Psychology and Psychiatry Review*, 4(1), 30-35.  
396 <https://doi.org/10.1017/S1360641798211749>
- 397 Bardin, L. (2013, 2<sup>ème</sup> éd.). *L'analyse de contenu*. Paris : PUF.
- 398 Braun, V., & Clarke, V. (2006). Using thematic analysis in psychology. *Qualitative Research*  
399 *in Psychology*, 3, 77-101. <https://doi.org/10.1191/1478088706qp063oa>
- 400 Bègue, L., Bachler, L., Blatier, C., & Przygodzki-Lionet, N. (2013). *Psychologie du jugement*  
401 *moral. Textes fondamentaux et concepts*. Paris: Dunod.
- 402 Cosseron, F. (2018). Le consentement chez l'enfant entre contrainte judiciaire et adhésion aux  
403 soins en exercice libéral. *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 66, 438-  
404 442. <https://doi.org/10.1016/j.neurenf.2018.04.006>
- 405 Daligand, L. (2009). La parole de l'enfant, la vérité et la loi. *Le Journal des psychologues*, 268,  
406 32-36.
- 407 Discernement. (n.d.). Dans le dictionnaire en ligne Larousse. Consulté à partir de  
408 <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/discernement/25811>
- 409 Etchells, E., Darzins, P., Silberfeld, M., Singer, P. A., McKenny, J., Naglie, G., . . . Strang, D.  
410 (1999). Assessment of patient capacity to consent to treatment. *Journal of General*  
411 *Internal Medicine*, 14, 27-34. doi: 10.1046/j.1525-1497.1999.00277.x.  
412 doi:10.1046/j.1525-1497.1999.00277.x

413 Grisso, T., Appelbaum, P. S., & Hill-Fotouhi, C. (1997). The MacCAT-T: A clinical tool to  
414 assess patients' capacities to make treatment decisions. *Psychiatric Services*, 48(11),  
415 1415-1419. <https://doi.org/10.1176/ps.48.11.1415>

416 Hermann, H., Trachsel, M., Mitchell, C., & Biller-Andorno, N. (2014). Medical decision-  
417 making capacity: Knowledge, attitudes, and assessment practices of physicians in  
418 Switzerland. *Swiss Medical Weekly*, 144. <https://doi.org/10.4414/smw.2014.14039>

419 Lavoie, J., Wyman, J., Crossman, A. M., & Talwar, V. (2021). Meta-analysis of the effects of  
420 two interviewing practices on children's disclosures of sensitive information: Rapport  
421 practices and question type. *Child Abuse & Neglect*, 113, 104930.  
422 <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2021.104930>

423 Mallevaey, B., Brunel, M., Dekeuwer-Defossez, F., Jardin, L., Lionet-Przygodzki, N., &  
424 Vaillant, N. (2018). *Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires*  
425 *familiales*. Rapport Mission de recherche Droit et Justice.

426 Marson, D. C., McInturff, B., Hawkins, L., Bartolucci, A., & Harrell, L. E. (1997). Consistency  
427 of physician judgments of capacity to consent in mild alzheimer's disease. *Journal of*  
428 *the American Geriatrics Society*, 45, 1074-1080. [https://doi.org/10.1111/j.1532-](https://doi.org/10.1111/j.1532-5415.1997.tb05170.x)  
429 [5415.1997.tb05170.x](https://doi.org/10.1111/j.1532-5415.1997.tb05170.x)

430 Miller, V. A., Drotar, D., & Kodish, E. (2004). Children's competence for assent and consent:  
431 A review of empirical findings. *Ethics & Behavior*, 14(3), 255-295.  
432 [https://doi.org/10.1207/s15327019eb1403\\_3](https://doi.org/10.1207/s15327019eb1403_3)

433 Moscovici, S. [1961] 2008. *Psychoanalysis Its Image and Its Public*. Cambridge: Polity  
434 Press.

435 Pearce, J. (1994). Consent to treatment during childhood. *British Journal of Psychiatry*, 165,  
436 713-716. <https://doi.org/10.1192/bjp.165.6.713>

437 Raymont, V., Bingley, W., Buchanan, A., David, A. S., Hayward, P., Wessely, S., & Hotopf,  
438 M. (2004). Prevalence of mental incapacity in medical inpatients and associated risk  
439 factors: cross-sectional study. *Lancet*, *364*, 1421-1427. <https://doi.org/10.1016/S0140->  
440 [6736\(04\)17224-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(04)17224-3)

441 Schvan, C., & Trichet, Y. (2020). Le consentement chez l'enfant et ses retentissements  
442 subjectifs: Une expérience de l'expertise psychologique. *Annales Médico-*  
443 *psychologiques, revue psychiatrique*, *178*(3), 257–263.  
444 <https://doi.org/10.1016/j.amp.2018.06.010>

445 Schweitzer, M. G., & Puig-Verges, N. (2001). Discernement et passage à l'acte à l'adolescence.  
446 Evaluation de la prise en charge des auteurs de transgression. *Annales Médico*  
447 *Psychologiques*, *159*, 726-730. [https://doi.org/10.1016/S0003-4487\(01\)00126-3](https://doi.org/10.1016/S0003-4487(01)00126-3)

448 Silberfeld, M., Nash, C., & Singer, P. A. (1993). Capacity to complete an advance directive.  
449 *Journal of American Geriatrics Society*, *41*, 1141-1143.  
450 <https://doi.org/10.1111/j.1532-5415.1993.tb06464.x>

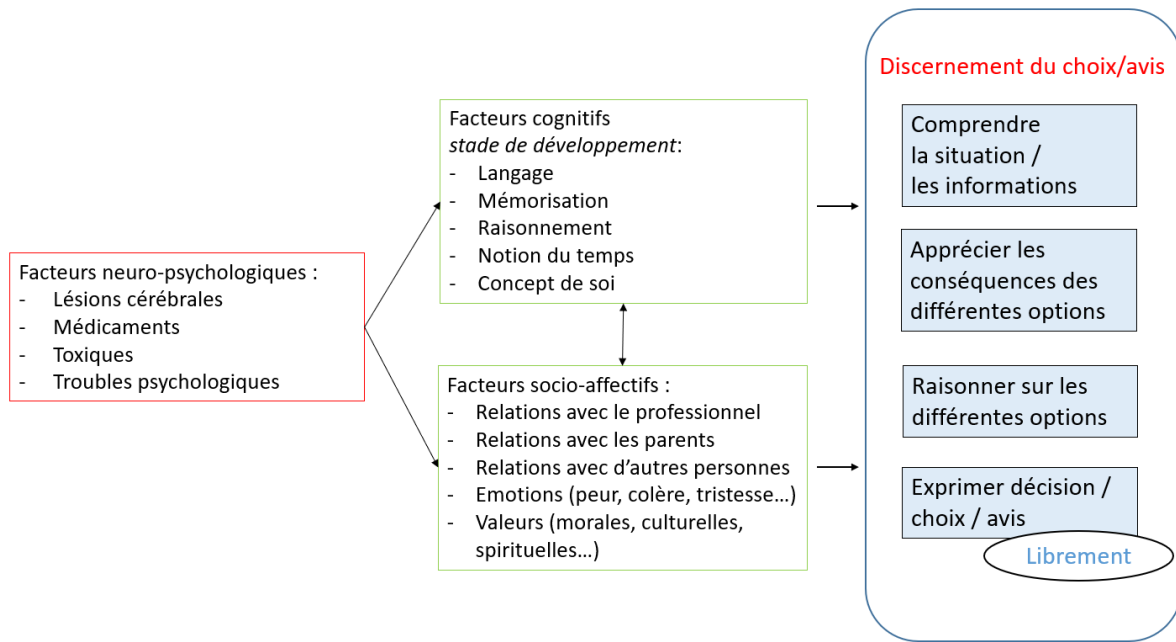
451 Trachsel, M., Hermann, H., & Biller-Andorno, N. (2014). Capacité de discernement:  
452 signification éthique, défi conceptuel et appréciation médicale. *Forum Med Suisse*, *14*,  
453 221-225. <https://doi.org/10.4414/fms.2014.01843>

454 Wasserfallen, J.-B., Stiefel, F., Clarke, S., & Crespo, A. (2004). Appréciation de la capacité de  
455 discernement des patients: procédure d'aide à l'usage des médecins. *Bulletin des*  
456 *médecins suisses*, *85*, 1701-1704.

457 Zagury, D. (2006). Vers une clinique de l'abolition du discernement. *Annales Médico*  
458 *Psychologiques*, *164*, 847-850. <https://doi.org/10.1016/j.amp.2006.09.001>

459

460 Schéma 1. Schéma biopsychosocial d'évaluation de la capacité de discernement



461

462

463

<sup>i</sup> Décision rendue le 18 mars 2015 par la Première Chambre civile de la Cour de cassation

<sup>ii</sup> Afin de renforcer le caractère anonyme de la participation à l'étude nous avons choisi de ne pas recueillir l'âge des participants. Pour des informations complémentaires sur l'échantillon voir Mallevaey et al. (2018).