

Thèse de doctorat en droit privé

L'UNIVERSITE
DE BRETAGNE OCCIDENTALE
Comue Université Bretagne Loire

Ecole Doctorale n° 599
Droit et Science politique
Spécialité : Droit privé

Par

Julien BUREL

Le Parent-Mineur

Thèse présentée et soutenue à Brest, le 16 décembre 2019
Unité de recherche : Lab-LEX (EA 7480)

Rapporteurs avant soutenance :

Madame Adeline GOUTTENOIRE,
Professeur des Universités - Université de
Bordeaux.

Monsieur Jean-Jacques LEMOULAND,
Professeur des Universités - Université de Pau et
pays de l'Adour.

Composition du Jury :

Monsieur Gilles RAOUL-CORMEIL, Professeur des
Universités - Université de Brest, Président.

Madame Adeline GOUTTENOIRE, Professeur des
Universités - Université de Bordeaux, Rapporteur.

Monsieur Jean-Jacques LEMOULAND, Professeur des
Universités - Université de Pau et pays de l'Adour,
Rapporteur.

Madame Muriel REBOURG, Professeur des Universités -
Université de Brest, Directeur.

Monsieur Yann FAVIER, Professeur des Universités -
Université de Savoie, Co-directeur.

L'Université de Bretagne Occidentale n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À ma grand-mère.

À Maxime Guillermin.

Remerciements

Mes remerciements les plus sincères vont à tous ceux qui m'ont soutenu et ont cru en moi pour la réalisation de ce travail.

À mes directeurs, le Professeur Muriel Rebourg et le Professeur Yann Favier pour leur bienveillance, leurs conseils et leur disponibilité tout au long de la réalisation de cette étude.

À Monsieur Jean-Marc Lhuillier, pour m'avoir encouragé à persévérer et à poursuivre mon travail sur le parent-mineur entamé sous sa direction, quand il enseignait à l'École des Hautes Etudes en Santé Publique.

Au docteur Martine Balençon, pour m'avoir reçu dans son service de médecine consacré à l'accueil des enfants en danger du Centre Hospitalier Universitaire de Rennes et depuis, pour son amitié.

Au Groupe d'Étude sur l'Enfance Maltraitée (GEEM) et à ses membres, pour m'avoir accepté parmi eux et pour leur soutien.

Aux membres du greffe des affaires familiales, du Tribunal pour enfants et du Conseil des prud'hommes du Tribunal judiciaire de Saint-Malo, pour leur bienveillance et leur aide précieuse.

Aux magistrats du Tribunal de Saint-Malo, juges aux affaires familiales, juges des enfants pour leur confiance et leur bienveillance.

À mes parents pour leur soutien sans faille.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AED	Aide éducative à domicile.
AEMO	Assistance éducative en milieu ouvert.
<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif.
<i>AJ. fam.</i>	Actualité juridique famille.
al.	alinéa.
anc.	ancien.
ANCIC	Assemblée Nationale des Centres d'IVG et de Contraception.
ASE	Service d'aide sociale à l'enfance.
Ass. nat.	Assemblée nationale.
ass. plén.	assemblée plénière.
art.	article.
BO	Bulletin officiel.
<i>Bull. AP.</i>	Bulletin de la cour de cassation, assemblée plénière.
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles).
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle).
CA	Cour d'appel.
CAA	Cour administrative d'appel.
CASF	Code de l'action sociale et des familles.
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation.
C. civ.	Code civil.

C. const.	Conseil constitutionnel.
CCNE	Comité consultatif national d'éthique.
C. conso	Code de la consommation.
CE	Conseil d'État.
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme.
ch.	chambre.
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant.
circ.	Circulaire.
CNAF	Caisse nationale des allocations familiales.
COJ	Code de l'organisation judiciaire.
Coll.	Collection.
comm.	commentaire.
concl.	conclusions.
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme.
CP.	Code pénal.
CPC.	Code de procédure civile.
CPC ex.	Code des procédures civiles d'exécution.
CSP	Code de Santé publique.
CSS	Code de la sécurité sociale.
CT	Code du travail.
D.	Recueil Dalloz.
<i>D. actu.</i>	Dalloz actualité.
dactyl.	dactylographiée.
<i>Defrénois</i>	Répertoire notarial Defrénois.
(dir.)	Ouvrage sous la direction de

<i>DP</i>	Dalloz périodique.
DREES	Direction de la recherche des études de l'évaluation et des statistiques.
doctr.	doctrine.
<i>Dr. enfance et fam.</i>	Droit enfance et famille.
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille (Revue du Juris-Classeur Périodique).
<i>DS</i>	Revue de droit social.
éd.	édition.
ex.	exemple.
Fasc.	Fascicule.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais.
HAS	Haute autorité de Santé.
HCE	Haut conseil pour l'égalité
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , « même endroit ».
IGAS	Inspection générale des affaires sociales.
IMG	Interruption médicale de grossesse.
<i>Infra</i>	ci-dessous.
INSEE	Institut National de la statistique et des études économiques.
Inpes	Institut National de prévention et d'éducation pour la santé.
IR	Informations rapides.
IVG	Interruption volontaire de grossesse.
JAF	Juge aux affaires familiales.
<i>J.-Cl. civ.</i>	Juris-Classeur de droit civil.
<i>JDJ</i>	Journal du droit des jeunes.

<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale.
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition notariale.
JE	Juge des enfants.
JO	Journal Officiel.
jurisp.	jurisprudence.
<i>La Doc. fr.</i>	La Documentation française.
<i>LPA</i>	Les petites affiches.
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> , « à l'endroit cité [précédemment] »
n° / n ^{os}	numéro / numéros.
obs.	Observations.
ODAS	Observatoire national de l'action sociale.
OMS	Organisation Mondiale de la Santé.
ONED	Observatoire National de l'Enfance en Danger
ONU	Organisation des Nations unies
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> « dans l'œuvre citée »
p. / pp.	page / pages
PLFSS	Projet de loi de finance de la sécurité sociale.
<i>RDH</i>	Revue des Droits de l'Homme.
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social.
<i>RFDA</i>	Revue Française de Droit Administratif.
<i>Rec. CE</i>	Recueil Lebon.
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	Répertoire Dalloz de droit civil.
<i>Rép. pén. Dalloz</i>	Répertoire Dalloz de droit pénal.
req.	Requête.
rev.	revue.

<i>Rev. sc. crim.</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RGDM</i>	Revue générale de droit médical.
<i>RJPF</i>	Revue juridique personnes et famille.
<i>RLDC</i>	Revue Lamy de droit civil.
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil.
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme.
<i>RTD comm.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial.
<i>S.</i>	Sirey (Recueil).
s.	suivant.
somm.	sommaire.
spéc.	spécialement.
<i>Supra</i>	ci-dessus.
T.	Tome.
TGI	Tribunal de grande instance.
TI	Tribunal d'instance.
UNFPA	Fond des Nations unies pour la population.
UNICEF	Fond des Nations unies pour l'enfance.
v.	voir.
vol.	volume.

SOMMAIRE

Première partie

DE MINEUR À PARENT-MINEUR

Titre premier - L'accès du mineur au statut de parent

Chapitre 1^{er} L'exercice des droits sexuels et reproductifs par un mineur

Chapitre 2^e L'exercice des droits de filiation par un mineur

Titre second – L'exercice de l'autorité parentale par un parent-mineur

Chapitre 1^{er} L'autorité décisionnelle du parent-mineur

Chapitre 2^e La capacité juridique du parent-mineur

Seconde partie

L'INTERDÉPENDANCE DE LA PROTECTION DU PARENT-MINEUR ET DE SON ENFANT

Titre premier – La protection de l'enfant au travers de celle
de son parent-mineur

Chapitre 1^{er} La protection de l'enfant face à la vulnérabilité
de son parent-mineur

Chapitre 2^e De l'accompagnement du parent-mineur à sa substitution

Titre second – Vers un statut de parent-mineur

Chapitre 1^{er} Les aménagements du statut de parent du mineur

Chapitre 2^e Les aménagements du statut de mineur du parent

INTRODUCTION

1. « Que le législateur n'abuse pas des barrières de l'âge légal et ne fixe pas la pyramide des âges, avec ses conflits de générations, en institution juridique. Les mœurs se chargent naturellement de distribuer à chaque âge sa fleur. Lorsque les sociologues et les démographes nous disent l'âge moyen au mariage, le temps statistique des maternités, des divorces, des testaments, ils nous laissent l'espoir qu'il y aura toujours des excentriques pour choisir hors-saison au gré de leur caprice, les actes juridiques d'un autre âge »¹. Néanmoins, de nombreux obstacles relient l'exercice des droits avec l'âge des personnes, le plus visible étant le seuil de la majorité légale fixé à dix-huit ans. Ce choix conduit parfois à un décalage entre les institutions juridiques et la vie qu'elles s'efforcent de traduire par la consécration des droits et obligations comme autant de jalons dans l'existence des individus. « La nature elle-même divise la vie en plusieurs périodes suivant le degré de développement physique et intellectuel de la personne humaine »², et notre législation partage en deux périodes distinctes, la minorité d'une part et la majorité d'autre part. Chacune d'elles influe sur le statut personnel attribué aux personnes concernées, entendu comme l'ensemble des règles gouvernant leur condition civile. Sont compris dans ce statut l'état et la capacité des personnes³, dont les relations familiales avec le statut de mineur et de parent⁴.

2. Depuis 1974, l'Institut national de statistiques et des études économiques (INSEE) constate, année après année, le recul progressif de l'âge moyen des mères au moment de la naissance de leur premier enfant. De 24 ans en 1974, il a atteint 27 ans et 3 mois en 1998, pour arriver à 30 ans en 2009⁵, ce qui représente un écart de 6 ans en trente-cinq ans, alors qu'antérieurement cet âge diminuait sensiblement chaque année, passant de 25 ans en 1910 à 24 ans en 1974⁶. L'INSEE met en lien l'inversement de cette tendance avec la diffusion des moyens de contraception, la généralisation des études et la place croissante des femmes sur le marché du travail⁷. Il convient de relever que l'année de ce changement coïncide avec l'adoption de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 encadrant l'accès à l'interruption volontaire de grossesse⁸. Si « les mœurs se chargent naturellement de distribuer à chaque

¹ G. Cornu, « L'âge civil », in *Mélanges Paul Roubier*, tome 2, Dalloz, 1961, p. 36.

² A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Librairie Dalloz, 11^{ème} éd., 1947, p. 527, n° 682.

³ Au sens de l'article 3 alinéa 3 C. civ.

⁴ *Vocabulaire Juridique* H. Capitant, G. Cornu (dir.), éd. PUF, coll. Quadrige, 10^{ème} éd., 2014, v. « statut ».

⁵ G. Pison, « France 2009 : l'âge moyen à la maternité atteint 30 ans », *Population & Société*, n°465, mars 2010 ; cet âge a atteint en 2018, trente ans et six mois ; v. INSEE, *Âge moyen de la mère à l'accouchement en 2018, données annuelles de 1994 à 2018, Chiffres clefs*, 15 janvier 2019, disponible à l'adresse : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381390#tableau-Donnes> [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁶ Entre 1910 et 1974, l'âge moyen à la première maternité était passé de 25 ans à 24 ans. INSEE, « Un premier enfant à 28,5 ans en 2015 : 4,5 ans plus tard qu'en 1974 », *Insee première*, mars 2017, n° 1642. Pour mieux appréhender les méthodes utilisées : E. Davie, X. Niel, « Mesurer et étudier la fécondité selon le rang de naissance : élaborer une statistique de nombre de naissances et d'âge à l'accouchement par rang », *INSEE, Documents de travail* n° F1205, 2012.

⁷ INSEE, « Un premier enfant à 28,5 ans en 2015 : 4,5 ans plus tard qu'en 1974 », *loc. cit.*

⁸ Loi n° 75-17, relative à l'interruption volontaire de grossesse, 17 janvier 1975, *JO*, 18 janvier 1975, p. 739

âge sa fleur »¹, la loi contribue largement à son épanouissement. Le recul de l'âge moyen de la mère lors de la naissance de son premier enfant fait que cette maternité survient principalement durant sa majorité. Pourtant, certaines de ces naissances n'attendent pas ce seuil et arrivent alors que la mère est encore mineure, « l'âge de procréer venant avant celui de la majorité »².

3. L'« âge de procréer » renvoie moins au nombre d'années d'existence³, qu'à une période de la vie humaine⁴ marquée par la puberté, qui correspond à l'intervalle durant lequel le corps de l'individu se modifie par la maturation des organes sexuels et devient ainsi apte à la reproduction sexuée. Cette modification n'est pas instantanée, elle s'étend sur plusieurs années, sa durée variant notamment selon le sexe de l'individu. Pour les femmes, la puberté débute généralement entre huit et quatorze ans (en moyenne à onze ans), quatre années sont nécessaires pour atteindre une maturité sexuelle complète⁵. Pour les hommes, elle commence habituellement entre neuf et quatorze ans (en moyenne à douze ans) pour s'étirer sur une plus longue période que les femmes, la maturité sexuelle étant atteinte en moyenne au bout de six ans⁶. Le début de la puberté marque en principe l'entrée de la personne dans l'adolescence et sa fin coïncide, dans une majorité des cas, avec l'entrée progressive dans l'âge adulte. Ce constat souffre toutefois nombre d'exceptions, certains cas pouvant être qualifiés de « précoces » surviennent plus tôt qu'il n'est d'usage⁷, ou à l'inverse de « tardifs », le moment de la puberté variant d'un individu à l'autre. Les questions sur la puberté sont principalement traitées dans un cadre médical ou sociologique : médical, car il permet d'aborder l'état de santé et l'évolution physiologie des personnes ; sociologique, car les besoins ainsi que les comportements sociaux évoluent durant cette période. Le sujet des grossesses et des maternités « précoces » est présenté comme intervenant avant les vingt ans de la mère⁸, c'est-à-dire « une frange de la population qui pose des problèmes sociaux, médicaux et juridiques bien spécifiques »⁹.

4. Les travaux réalisés sur ce sujet par les médecins et les sociologues ont pour point commun de l'aborder par le filtre de l'adolescence, un moment de la vie qui n'est pas clairement identifié. Cette première difficulté d'ordre sémantique caractérise les travaux destinés à étudier les phénomènes intervenant durant cette période. L'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) met en garde contre la terminologie, premier écueil des études consacrées à cette période de la vie. Le choix des termes a

¹ G. Cornu, « L'âge civil », *loc. cit.*

² P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, n° 1267, p. 766.

³ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « âge », sens 1.

⁴ *Ibid.* sens 2.

⁵ Source : site de la sécurité sociale : <http://www.ameli-sante.fr/puberte/quest-ce-que-la-puberte.html>, mise à jour juin 2018, [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁶ *Ibid.*

⁷ *Le petit Robert dictionnaire de la langue française*, éd. 2016, v. « précoce », sens n°4. Est également « précoce » ce qui se produit ou se fait plus tôt que ne l'exigeraient la raison et la prudence avec à titre d'illustration : le mariage précoce.

⁸ S. Papon, « 75 000 nouveau-nés en France en 2018 : seulement 12 000 ont une mère de moins de 20 ans », *Insee Première*, septembre 2019, n°1773.

⁹ M. Uzan (dir.), rapport sur *La prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes*, publié par le secrétariat d'État à la Santé, décembre 1998.

« une incidence sur le modèle d'étude [...]. Lorsqu'une définition n'est pas claire ni cohérente, des problèmes se posent pour utiliser les conclusions de l'étude et les comparer aux conclusions d'autres études »¹. Or, les travaux qui appréhendent les phénomènes liés à l'adolescence, qu'il s'agit des grossesses ou de la maternité, sont marqués par des difficultés inhérentes au choix de la terminologie. Évoquer les grossesses et les maternités précoces via l'adolescence entraîne des conséquences, car il devient un indicateur de référence pour les sociologues. Il ne s'agit pas d'un simple instrument de mesure extérieur destiné à retranscrire une réalité qui lui préexisterait², il participe à la construction de cette réalité par l'émergence de ce fait et influe directement sur sa perception sociale³. Si le choix de l'adolescence sert généralement de référentiel, l'appellation de la population étudiée n'est pas clairement arrêtée.

5. Les termes utilisés varient selon que le point de vue choisi pour l'étude est social, médical ou juridique. Ces travaux se réfèrent aussi bien aux « grossesses des adolescentes »⁴, qu'aux « maternités adolescentes »⁵, « maternités précoces »⁶, aux « filles mères »⁷, « mère enfant »⁸, « mère adolescente »⁹, « jeunes parents »¹⁰, « mineur parent »¹¹, « parent mineur »¹², etc. Toutes ces terminologies sont utilisées pour désigner un même phénomène, parfois comme synonymes, occultant leurs différences au risque de nuire à la bonne compréhension du sujet. La terminologie représente donc la première difficulté à laquelle se confronte toute personne qui souhaite étudier les questions liées à cette première période de

¹ OMS, *Orientations sur les aspects éthiques à prendre en considération pour planifier et examiner des recherches sur la santé sexuelle et reproductive des adolescents*, ISBN 978-92-4-250841-3, 2019, p. 3.

² A. Desrosières, *Gouverner par les nombres : l'argument statistique*, Presses de l'École des Mines, 2008.

³ M. Le Den, « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France », *Science sociale et Santé*, 2012/1, pp. 85-102, spéc. p. 87.

⁴ J.-P. Deschamps, *Grossesse et maternité chez l'adolescente*, éd. Centurion, 1976 ; C. Pawlak : « Grossesse à l'adolescence », in *Dictionnaire de psychopathologie de l'enfant et de l'adolescent*, D. Houzel, M. Emmanuelli, F. Moggio (dir.), éd. PUF, 2000 pp. 304-307 ; A. Daguerre, « Les grossesses adolescentes en France et en Grande-Bretagne. Un phénomène déroutant pour les pouvoirs publics », *Informations sociales*, janvier 2010 (n° 157), pp. 96-102 ; C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *Adolescence*, 2006/1 (n° 55), pp. 225-234.

⁵ Fonds des Nations unies pour l'enfance (Unicef), *Le classement des maternités adolescentes dans les pays riches*, Innocenti Report Card, n° 3, 2001 ; L. Baudillon, E. Donval, J. Patureau, *Maternités adolescentes*, rapport réalisé pour le Ministère de la Solidarité, de la Santé et de la Protection Sociale, Paris, CNIDFF (Centre National d'Information et de Documentation des Femmes et des familles), 1990 ; J.-P. Deschamps, *Grossesse et maternité chez l'adolescente*, op. cit. ; C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : drame réel ou incongruité sociale ? », *Revue de sociologie et d'anthropologie*, 1997, n°3, pp. 139-167 ; du même auteur : *Les grossesses à l'adolescence. Normes sociales, réalités vécues*, L'Harmattan, 1998 ; « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *Adolescence*, janvier 2006, pp. 225-234.

⁶ A. Daguerre, C. Nativel, *Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, Dossiers d'études de la CNAF, n° 53, février 2004 ; S. Papon, « 75 000 nouveau-nés en France en 2018 : seulement 12 000 ont une mère de moins de 20 ans », *Insee Première*, septembre 2019, n° 1773.

⁷ J. Marestan, *L'Éducation Sexuelle*, éd. de la Guerre Sociale, 1910 ; A. Daguerre, C. Nativel, *Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, Dossiers d'études de la CAF, n° 53, février 2004, p. 10 ; A. Lamy « Adolescente et mère », *L'école des parents*, janvier 2016, pp. 41-43 ; Le monde, « Parents adolescents : entre cours et biberons », disponible à l'adresse : <http://medias.lemonde.fr/education/space/docs/calmette.pdf>, [consulté le 1^{er} octobre 2019] ; v. débat parlementaire sur la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, p. 154 ; il convient de préciser que le terme fille-mère est tombé en désuétude, il servait à désigner les mères ayant eu leur enfant hors mariage et l'élevant seule, sans qu'il y ait une distinction d'âge. Le terme « fille » était destiné à souligner le fait qu'elles n'étaient pas mariées et qu'elles ne pouvaient donc pas être socialement considérées comme des femmes. Cette appellation a une connotation péjorative.

⁸ UNFPA, *La mère-enfant, face aux défis de la grossesse adolescente*, rapport sur l'état de la population mondiale, 2013.

⁹ D. Sibertin-Blanc, « Le bébé de mère adolescente, à qui appartient-il ? », *Revue de médecine et santé de l'adolescent*, décembre 2001, n° 2.

¹⁰ L. Bettoli, « Parents mineurs : la grossesse, facteur de maturation pour les jeunes parents ? Quels risques comporte-t-elle ? Quel accompagnement à Genève ? », *Thérapie Familiale*, 2003/2, vol. 24, pp. 179-191.

¹¹ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., pp. 766 s.

¹² L. Bettoli, op. cit. ; F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *La famille*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, n°912, p. 934.

l'existence. L'intérêt et la pertinence de ces désignations varient selon la population que l'on souhaite étudier mais également du domaine choisi pour l'appréhender. Dans cette perspective, il convient de définir ces différentes notions que sont l'adolescence, la jeunesse, l'enfance et la minorité. Ce n'est qu'une fois ce travail réalisé que la situation juridique de cette population pourra être étudiée.

6. L'adolescence est une notion récente, qui n'est apparue qu'au cours du XX^e siècle¹. Dans le système des Nations unies, ce terme désigne généralement la période de la vie située entre la puberté et l'âge adulte². L'OMS conçoit l'adolescence comme la deuxième décennie de vie et considère comme adolescent, toute personne âgée entre 10 et 19 ans, allant jusqu'à distinguer les « jeunes adolescents » (10-14 ans) des « grands adolescents » (15-19 ans)³. L'organisation reconnaît cependant que l'âge n'est qu'un moyen de définir l'adolescence et qu'il en existe beaucoup d'autres, liés notamment au développement physique, social, moral, émotionnel et cognitif⁴. Le Conseil International d'Harmonisation (ICH)⁵ estime qu'en fonction de l'origine géographique de la personne, l'adolescence peut varier de 12 à 16 ans ou de 12 à 18 ans⁶. En dépit de ces seuils, toutes ces organisations s'accordent sur le fait que l'adolescence débute à la puberté et que sa fin marque l'entrée dans l'âge adulte, entendu comme la période à compter de laquelle la personne est en capacité de se reproduire⁷. Si le début de l'adolescence et de la puberté est incertain, la fin de l'adolescence l'est également, car elle intervient à des périodes différentes en fonction du sexe comme des caractéristiques génétiques spécifiques à chaque personne qui ne coïncide pas nécessairement avec le moment du passage de la minorité à la majorité⁸. L'entrée dans l'« âge adulte » traduit une réalité biologique qui ne peut systématiquement correspondre avec la majorité civile qui, elle, traduit une réalité juridique. Le passage de l'adolescence à l'âge « adulte », comme l'entrée dans la puberté, se fait progressivement en fonction des caractéristiques physiologiques de chaque personne et du commencement de la puberté. Pourtant, si l'adolescence ne

¹ Ph. Ariès, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, coll. Point, 1973, p. 140 ; *Le petit Robert dictionnaire de la langue française*, éd. 2016, v. « adolescent » : du latin *adolescens* dérivé de *adolescere* qui signifie « grandir ».

² United Nations Department of Economic and Social Affairs, *World youth report, 2003 : the global situation of young people*, ISBN : 92-1-130228-5, New York, 2004 ; OMS, *Les problèmes de santé des adolescents : rapport d'un comité d'experts de l'OMS*, série de rapports techniques, n° 308, Genève, 1965.

³ UNICEF, *L'adolescence, l'âge de tous les possibles*, la situation des enfants dans le monde, ISBN : 978-92-806-4556-9, New York, 2011, p. 6, https://www.unicef.org/french/sowc2011/pdfs/SOWC-2011-Main-Report_FR_02092011.pdf ; *Ibid.*, *Vers une génération sans sida : Les enfants et le sida*, Sixième bilan de situation, 2013. New York, Fonds des Nations unies pour l'enfance, 2013, https://www.unicef.org/french/publications/index_70986.html ; [consultés le 22 août 2019] ;

⁴ OMS, *Orientations sur les aspects éthiques à prendre en considération pour planifier et examiner des recherches sur la santé sexuelle et reproductive des adolescents*, *op. cit.* L'OMS met également en garde sur l'utilisation d'appellation susceptible de renvoyer à l'adolescence et tente de mieux les définir. Figurent ainsi les termes suivants : « adolescent », « enfant », « orphelin », « mineur », « mineur émancipé », « mineur mature », « population pédiatrique », « personne âgée de 10 à 13 ans », « jeune adulte », « jeune personne » et « pupille ».

⁵ En français, il s'agit du Conseil international d'harmonisation des exigences techniques pour l'enregistrement des médicaments à usage humain (CIH). Cette instance créée en 1990, regroupe les autorités de réglementation et les représentants des différentes firmes pharmaceutiques d'Europe, des États-Unis et du Japon.

⁶ ICH, *Harmonised tripartite guideline: clinical investigation of medicinal products in the paediatric population*, E11. International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use, Geneva, 2000, http://www.ich.org/fileadmin/Public_Web_Site/ICH_Products/Guidelines/Efficacy/E11/Step4/E11_Guideline.pdf. [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁷ *Le petit Robert dictionnaire de la langue française*, éd. 2016, v. « adulte ».

⁸ Ce constat permet de mieux comprendre pourquoi l'article 388 al. 4 C. civ. exclut de recourir à un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires en cas de doute sur la minorité de la personne.

constitue pas un groupe d'individus homogène par sa durée variable, elle représente une période charnière de la vie par les processus de maturation et de mutation physiques comme psychologiques qu'elle provoque¹. Les spécificités physiologiques de cette période conduisent les médecins et les hôpitaux à adapter leur accueil et leur prise en charge pour répondre aux besoins correspondant aux particularités de cette patientèle². Une circulaire du 16 mars 1988 a rappelé que, malgré la difficulté pour définir l'adolescence en termes chronologiques, sont considérés en pratique comme adolescents les patients âgés de 13 à 19 ans³. Il est toutefois préconisé de ne pas appliquer strictement ces limites d'âge, mais de les adapter en fonction de variables individuelles, l'adolescence ayant tendance dans nos sociétés contemporaines à se prolonger⁴. À tel point qu'émerge progressivement la notion d'« adulescent »⁵, ce qui conduit un auteur à considérer que « l'adolescence constitue pour notre société un objet de crainte, surtout lorsqu'elle est dans l'incapacité de lui fournir du travail et de la faire ainsi rentrer dans les normes de notre civilisation industrielle, nous avons tendance à l'isoler, à la considérer comme un monde à part »⁶. C'est pourtant par cet angle d'étude que les sociologues et les médecins ont décidé d'évaluer l'étendue du phénomène.

7. L'ampleur des grossesses et des maternités précoces à l'échelle mondiale a été abordée lors de la soixante-cinquième assemblée mondiale de la Santé du 16 mars 2012, via la question des mariages précoces et leur impact sur les grossesses chez les adolescentes et les jeunes femmes. L'OMS posait le constat suivant : « En 2008, on dénombrait 16 millions de naissances chez des mères âgées de 15 à 19 ans, soit 11 % du nombre total de naissances dans le monde ». Malgré ce chiffre globalement très élevé, il est observé que le taux de natalité mondial chez les adolescentes a baissé dans son ensemble, « passant de 60 ‰ en 1990 à 48 ‰ en 2007, les taux allant de 5 ‰ en Asie orientale à 121 ‰ en Afrique subsaharienne en 2007 »⁷. Concernant les maternités, entendues comme les grossesses menées à leur terme, le rapport élaboré en 2013 par le Fonds des Nations unies pour la population (UNFPA), sur l'état de la population mondiale, constate que « chaque jour, dans les pays en développement, 20 000 filles de moins de 18 ans mettent un enfant au monde »⁸, 19 % des jeunes filles se retrouvent enceintes

¹ M. Dupont, C. Ray-Salmon, *L'enfant & l'adolescent à l'hôpital*, presse de l'EHESP, 2014, p. 206 ; M.-R. Moro, « Les adolescents sont des êtres en développement – Considérations éthiques et transculturelles », *JDJ*, n° 322, février 2013, pp. 27-30.

² P. Alvin, V. Courtecuisse, « Médecine des adolescents : connaissance et perspectives », *Archives française de pédiatrie*, 1991 (48), pp. 459-464.

³ Circulaire DGS/dh n° 132, 16 mars 1988 relative à l'amélioration des conditions d'hospitalisation des adolescents.

⁴ L. Toulemon, « Les étapes vers l'âge adulte : vers un nouveau statut des femmes », in *Constance et inconstances de la famille*, H. Léridon, C. Villeneuve-Gokalp (dir.), INED, Travaux et documents, éd. PUF, 1994, pp. 165-181.

⁵ T. Anatrella, *Interminables adolescences. La psychologie des 12/30 ans*, Cerf/Cujas, 2001 ; du même auteur : « Les "Adulescents" », *Étude*, 2003/7-8, pp. 37-47.

⁶ P. Ariès, « Les classes d'âge dans les sociétés modernes occidentales ? » *op. cit.* ; v. également : A. Boulin, *Les adolescents et leur famille. Revue de littérature*, rapport d'étude de l'INJEP, août 2017, disponible à l'adresse <https://injep.fr/wp-content/uploads/2018/09/rapport-2017-05-rl-ado-famille.pdf>. [consulté le 1^{er} octobre 2019]

⁷ OMS, Soixante-cinquième Assemblée Mondiale de la Santé, Genève, 16 mars 2012, A65/13, point 13.4 de l'ordre du jour provisoire, spéc. n° 2 ; compte rendu disponible : http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA65/A65_13-fr.pdf [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁸ UNFPA, *La mère-enfant, face aux défis de la grossesse adolescente*, *op. cit.*, p. iv.

avant l'âge de 18 ans, ce qui représente 7,3 millions de personnes¹. Cette étude s'intéressait aussi aux mères âgées de moins de 15 ans. Elles représentaient 2 des 7,3 millions, soit 3 % du nombre total des femmes de moins de 18 ans lors de la naissance de leur premier enfant au sein des 54 pays interrogés par l'Organisation des Nations unies (ONU)². Il est à noter que ces grossesses et maternités surviennent également dans les pays dits développés, bien qu'elles diffèrent par leur ampleur³. Parmi les 13,1 millions d'enfants nés en 2013 de mères âgées de 15 à 19 ans dans le monde, 680 000 d'entre eux ont vu le jour dans un pays « développé »⁴, les États-Unis détenant le taux de fécondité le plus élevé chez les adolescentes⁵. Parmi les États membres de l'Organisation de coopération et de développement économique comprenant un certain nombre de pays à revenu intermédiaire, c'est la Colombie et le Mexique qui présentent le taux de fécondité le plus élevé chez les adolescentes de 15 à 19 ans. À l'exception de Malte, le taux de fécondité dans les pays de l'OCDE a diminué sur cette tranche d'âge entre 1980 et 2016⁶. Les grossesses et les maternités des femmes de 15 à 19 ans sont en nette diminution à l'échelle mondiale⁷.

8. L'ampleur du phénomène à l'échelle nationale repose également sur une analyse réalisée par le biais de l'adolescence. Dans le classement de l'OCDE réalisé en 2016 sur la fertilité des adolescentes entre 15 et 19 ans, la France arrive en dix-neuvième position⁸ sur les quarante-six nations répertoriées. Une étude publiée par l'Institut National d'Étude Démographique en octobre 2000, dédiée à l'évolution des grossesses chez les adolescentes sur 20 ans, observe un net recul du nombre de ces grossesses, « passant de 20 710 en 1980 à 13 192 en 1997 », soit 36 % de moins en l'espace de 17 ans, accompagné d'une baisse significative des naissances sur cette même tranche d'âge, passant de « 10 614 en 1980 à 4 170 en 1997 », soit une diminution de 60 %⁹. Parallèlement, le nombre d'IVG déclarées chez les mineures sur cette même période a connu une certaine stabilité, stagnant entre 8000 et 10 600, ce qui représentait entre 4,9 % et 5,9 % du nombre total des interventions de cette nature¹⁰, alors même que l'âge médian des femmes au premier rapport sexuel entre 17 et 18 ans connaissait une période de

¹ Ces données ont été recueillies dans 54 pays par deux séries d'enquêtes démographiques et sanitaires (EDS) et d'enquêtes en grappes à indicateurs multiples (MICS) effectuées entre 1990 et 2008 et entre 1997 et 2011. Les 54 pays couverts par ces enquêtes abritent 72 % de la population totale des pays en développement, à l'exclusion de la Chine. L'Afrique de l'Ouest et l'Afrique Centrale détiennent le plus fort pourcentage de ces maternités (28 %).

² L'Afrique de l'Ouest et l'Afrique du Centre détiennent le pourcentage le plus élevé (6 %) et le taux le plus faible est observé en Europe de l'Est ainsi qu'en Asie centrale (0,2 %).

³ UNFPA, *op. cit.*

⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁵ Selon les données communiquées par les Centres de Contrôle et de Prévention des Maladies des États-Unis (Centers for Disease Control and Prevention), 329 772 naissances ont été déclarées alors que la mère était âgée de 15 à 19 ans.

⁶ OCDE Family Database, *Age of mothers at childbirth and age-specific fertility*, SF2.3, disponible à l'adresse : http://www.oecd.org/els/family/SF_2_3_Age_mothers_childbirth.pdf [consulté le 1^{er} octobre 2019] ; pour une comparaison avec les chiffres de 2008 : UNFPA, *op. cit.*, p. 13.

⁷ G. Pison, « Les maternités précoces en recul dans le monde », *Population & Société*, n°490, juin 2012.

⁸ *Ibid.*

⁹ H. Kafé, N. Brouard, « Comment ont évolué les grossesses chez les adolescentes depuis 20 ans ? », *Population & Société*, n°361, octobre 2000.

¹⁰ *Ibid.*

stabilité¹. Depuis 1990, l'INED constate que la fécondité dite « précoce » n'a pas subi d'évolution notable, et ce, en dépit d'une légère diminution constatée en 2012². L'Institut National de la Jeunesse et de l'Éducation populaire (INJEP) a estimé de son côté le nombre de naissances par tranche d'âge quinquennale de la mère entre 1980 et 2013³. Sur la tranche 12 - 14 ans, il est fait état de 219 naissances en 2005, 184 en 2010 et 186 en 2013 sur la France entière. Concernant les mères âgées de 15 à 19 ans, on dénombre sur les mêmes périodes et toujours à l'échelle de la France entière, 20 180 naissances en 2005, 18 446 en 2010 et 16 477 en 2013. Des données plus spécifiques sont parfois publiées, ainsi en 2011, sur les 7 126 patientes enceintes prises en charge par le service de gynécologie-obstétrique du Centre Hospitalier Universitaire de Rennes, 138 étaient mineures dont quatre de moins de 15 ans⁴. Dans une étude publiée en septembre 2019, l'INSEE estime à 12 000 le nombre d'enfants nés en 2018 d'une mère âgée de moins de 20 ans⁵. Si rapportées à l'ensemble des naissances intervenues la même année, soit 759 000 nouveau-nés⁶, ces maternités ne représentent qu'une faible proportion, elles ne peuvent toutefois être ignorées en raison des problématiques sociales, médicales et juridiques propres à cette population.

9. Cette terminologie influe directement sur la perception du phénomène étudié. Le choix de l'adolescence, plutôt que de la minorité, conduit à en fournir une image déformée⁷. La plupart des travaux se focalisent sur la tranche d'âge que l'OMS désigne comme celle des « grands adolescents ». Or, cette période qui s'étend de 15 à 19 ans comprend aussi des personnes dont le statut juridique a évolué en raison de leur majorité, sachant par ailleurs que le taux de fécondité est généralement plus important sur la dernière tranche de 18 à 19 ans que sur les autres⁸. Son ampleur ici surestimée, ne correspond pas à une réalité juridique, car elle y intègre des personnes civilement majeures. Il convient d'observer que ce choix conduit à exclure les mineurs de moins de 15 ans. Un auteur explique qu'en dépit du recueil régulier des informations sur la scolarité et sur le bien-être de cette partie de la population, « la plupart des chercheurs évite les sujets délicats, en raison de normes sociales relatives aux comportements appropriés en fonction de l'âge, ou de préoccupations éthiques concernant les effets néfastes potentiels de la recherche ou de doutes quant à la validité des réponses des membres de

¹ M. Bozon, « L'entrée dans la sexualité adulte : le premier rapport et ses suites », *Population & Société*, mai 1993, pp. 1317-1352.

² G. Pison, « Les maternités précoces en recul dans le monde », *op. cit.*

³ Y. Amsellem-Mainguy, « Les grossesses à l'adolescence en France », *Les fiches repères*, INJEP, octobre 2016, spéc. p. 2. Les données correspondent aux naissances intervenues durant années 1980, 1990, 2000, 2005, 2010 et 2013, selon les données d'état civil collectées par l'INSEE. Les données concernant la France entière ne sont disponibles qu'à compter de l'année 2000.

⁴ M.-C. Voltzenlogel, et al., « Prise en charge de la grossesse chez la mineure de moins de quinze ans : un challenge multidisciplinaire », *J. Gynecol. Obstet. Biol. Reprod.*, 2013, pp. 1-7 ; v. également M. Uzan, rapport sur *la prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes*, *op. cit.*

⁵ S. Papon, « 75 000 nouveau-nés en France en 2018 : seulement 12 000 ont une mère de moins de 20 ans », *Insee Première*, septembre 2019, n°1773.

⁶ *Ibid.*

⁷ M. Le Den, « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France », *Science sociale et Santé*, 2012/1, pp. 85-102.

⁸ V. INSEE « Taux de fécondité par âge de la mère en France », sur la période de 2015 à 2018 disponible à l'adresse suivante : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1892259?sommaire=1912926#titre-bloc-5> [consulté le 1^{er} octobre 2019]

ce groupe d'âge »¹. Les quelques études intégrant les moins de 15 ans observe la stabilité du nombre de grossesses et de naissances². L'ONU considère que la rareté de données fiables résulte principalement du fait que les adolescents de 15 ans sont généralement les plus jeunes à faire partie des enquêtes démographiques et sanitaires (EDS). Ces enquêtes constituent la principale source d'informations sur les grossesses chez les adolescentes, pour ne pas dire la seule. Les raisons invoquées sont généralement en lien avec des problèmes éthiques liés à la collecte des données sur cette population, tout particulièrement sur les questions sensibles touchant à la sexualité et à la grossesse chez les enfants. Les données recueillies par l'ONU sur les parents de moins de 15 ans ont été obtenues rétrospectivement par le questionnement de femmes âgées de 20 à 24 ans portant sur l'âge de leur première grossesse ou de leur premier enfant. De ce fait, il est difficile d'obtenir une image en temps réel, un décalage allant de 5 à 10 ans entre la vision obtenue et l'état du monde tel qu'il est réellement se crée, ce qui conduit un auteur à considérer que « ce que nous apprenons principalement de l'examen des données de ces enquêtes démographiques et sanitaires sur les très jeunes adolescent(e)s, c'est que nous n'en savons pas grand-chose »³. Par ailleurs, toutes ces études abordent ce sujet sous l'angle exclusif de la grossesse et de la maternité, se focalisant sur les mères mineures, en excluant les pères mineurs. Comme l'a cependant souligné un auteur, il se pourrait pourtant qu'ils détiennent « la moitié de la solution » nécessaire pour appréhender ce phénomène⁴. Si ces études apparaissent difficilement exploitables sur un plan juridique, certaines d'entre elles sont pourtant destinées aux responsables politiques. Ces derniers seront éventuellement amenés à modifier la législation sur la base de ces données qui ne correspondent pas à une réalité juridique, et qui va pourtant influencer sur les règles destinées à cette population⁵.

10. L'adolescence est une notion incertaine lorsqu'elle est appréhendée *in abstracto* mais déterminable lorsqu'elle est abordée *in concreto*, car elle traduit une réalité sociologique et médicale concrète. « Qu'un enfant proche de la majorité ne se gouverne et ne se traite pas comme un bébé est une évidence. Encore faut-il le traduire en termes de droit »⁶. L'adolescence ne bénéficie pas d'une reconnaissance légale suffisante, dans le sens où elle ne donne pas lieu à une évolution du statut juridique de la personne permettant de caractériser cette période spécifique de la vie en tant que telle. Les adolescents de moins de 18 ans continuent de bénéficier de la protection de leur minorité quand

¹ E. Chong, et al., « Investing When it Counts : Generating the Evidence Base for Policies and Programmes for Very Young Adolescents. New York », UNFPA and Population Council, 2006, *réf. cit.* in UNFPA, *La mère-enfant, op. cit.*, p. 8.

² Y. Amsellem-Mainguy, « Les grossesses à l'adolescence en France », *op. cit.*

³ R. W. Blum, et al., « The Global Early Adolescent Study : An Exploration of the Evolving Nature of Gender and Social Relations. » *Unpublished literature review and research proposal*. 2013, *réf. cit.* in UNFPA, *op. cit.* ; v. également pour une étude concernant les « grossesses adolescentes » au Canada, *Rapports sur la Santé*, ministre de l'industrie, vol. 12, n°1, n° 82-003-XIF, octobre 2000, p. 11.

⁴ U. Gelder, *Boys and Young Men : Half of the Solution to Teenage Pregnancy*, rapport effectué pour le compte de la Teenage Pregnancy Unit, University of Newcastle, 2002, *réf. cit.* in *Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, A. Daguerre, C. Nativel, *op. cit.*, p. 40 ; v. également UNFPA, *La mère-enfant, face aux défis de la grossesse adolescente, op. cit.*, p. 14.

⁵ V. *infra* n° 25.

⁶ F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 2018, p. 28.

bien même ils seraient entre-temps devenus adultes, tandis que les adolescents de plus de 18 ans accèdent au statut de majeurs, et ce, même s'ils ne sont pas encore devenus adultes. Pourtant, l'adolescence a pu, par le passé, être associée à un statut spécifique.

11. Le droit romain s'organisait selon un système plus évolutif que notre législation actuelle, dans lequel les enfants pubères bénéficiaient d'un statut différent de celui des impubères. L'acquisition de la capacité juridique par l'enfant s'obtenait à partir du jour où il faisait preuve de ses aptitudes intellectuelles et physiques, le droit ne faisant que consacrer un état de fait¹. Le droit romain distinguait trois périodes. La première, désignée comme l'*infancia*, s'étendait entre la naissance et l'âge de raison fixé aux sept ans accomplis, durant ces années l'incapacité de l'enfant était totale ; une seconde période comprise entre l'*infantia* et la *puberté* où, l'impubère pouvait valablement accomplir les actes juridiques qui amélioreraient sa condition en augmentant son patrimoine et pour la réalisation des actes aggravant sa condition (aliénation d'un bien ou l'obligeant), il avait besoin de l'assistance (*auctoritas*) de son tuteur ; enfin une troisième période de l'âge de la puberté jusqu'aux 25 ans (la *aetas legitima*), marquant l'acquisition de la capacité pleine et entière. D'abord conçue comme une question de pur fait, la puberté fut fixée à 14 ans dans le système adopté par l'empereur Justinien². Le pubère, lorsqu'il ne bénéficiait pas d'un curateur, était juridiquement capable et pouvait accomplir seul tous les actes juridiques sous réserve qu'ils ne lui causent pas de préjudice en raison de leur caractère léonin. Dans le cas contraire, ces actes pouvaient être attaqués au moyen de la *restitutio in integrum*³. Le statut de l'*infans* et celui du pubère ont été intégrés au statut de mineur.

12. Si l'adolescence ne trouve pas de réalité juridique en tant que telle, la puberté bénéficie encore aujourd'hui d'une existence juridique, car elle conditionne l'attribution et l'exercice de certains droits qu'une personne impubère n'a pas vocation à détenir faute d'intérêt, car ils impliquent que la personne puisse disposer de ses capacités reproductives. Bien plus que l'adolescence, c'est la puberté qui continue de produire des effets juridiques susceptibles d'impacter le statut de mineur. C'est pourquoi il convient d'écarter la notion d'adolescence qui n'a pas d'existence légale pour ne retenir que son point de départ. Les bouleversements physiologiques de la puberté influent également sur le degré de discernement du pubère, qui diffère de celui de l'impubère. La puberté pose les questions liées à l'éducation à la sexualité, à l'accès à la contraception ainsi qu'à l'Interruption Volontaire de Grossesse (IVG), à l'accouchement sous X ainsi qu'à l'exercice des droits de la filiation. Chacun de ces droits sont autant de jalon conditionnant l'attribution du statut de parent à des personnes adultes ou en passe de le devenir, même en l'absence de majorité civile. Cependant, même si l'adolescence ne correspond à aucune réalité

¹ P. Viollet, *Précis de l'histoire du Droit français*, 2^{ème} éd. 1893, pp. 509 s. ; une reproduction est disponible sur le site de la Bibliothèque Nationale française (BNF), à l'adresse : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k226235/f15.image.texteImage>, [consulté le 1^{er} octobre 2019].

² *Ibid.*, p. 511.

³ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, *op. cit.*, n° 683, pp. 528-527.

juridique, elle s'avère essentielle pour appréhender l'ampleur du phénomène des grossesses et des maternités qui touchent cette tranche de la population, puisque cette période traduit dans ce cadre une réalité sociale et médicale servant de base de référence aux études consacrées aux enjeux de l'adolescence, études généralement confiées aux sociologues et aux médecins. En raison de ces choix, « la problématique des grossesses mineures ne peut être dissociée de l'analyse des profondes mutations de l'adolescence »¹, et ce, bien que « les adolescentes ne représentent pas un groupe homogène en dépit de leur rassemblement sous un vocable commode mais trompeur »². Compte tenu des difficultés exposées, ce terme peu adapté laisse parfois place à un ensemble encore plus vaste, celui de la jeunesse, par référence aux « jeunes mères » ou aux « jeunes parents », y compris dans des études consacrées à l'adolescence.

13. La jeunesse, contrairement à l'adolescence, bénéficie d'une existence juridique naissante, le terme de « jeune » étant de plus en plus régulièrement utilisé tant au niveau national qu'international³. La notion de jeunesse a un aspect temporel, car elle désigne une période de la vie humaine généralement comprise entre l'enfance et l'âge de la maturité⁴. L'OMS observe que les définitions statistiques du terme « jeune » renvoient à des réalités très différentes d'une étude à l'autre⁵. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a par exemple formulé des recommandations aux États membres sur la participation des enfants et des jeunes à toutes les affaires les concernant⁶, dans lequel il indique entendre par « enfants et jeunes » toute personne âgée de moins de 18 ans, tandis que la charte africaine de la jeunesse désigne sous le terme « jeune » toute « personne âgée de 15 à 35 ans »⁷. Pour permettre une certaine cohérence dans les données statistiques, l'ONU définit les « jeunes » comme les personnes entre 15 et 24 ans⁸. La « jeunesse » désigne le plus souvent une période située entre l'adolescence et l'âge adulte. Les « jeunes » comprennent non seulement les grands adolescents, de 15 à 19 ans, ainsi que les jeunes adultes qui recouvrent toute personne âgée de 20 à 24 ans⁹. Si la jeunesse dispose

¹ A. Daguerre, C. Nativel, *Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, op. cit., p. 9.

² L. Baudillon, E. Donval, J. Patureau, *Maternités adolescentes*, op. cit. ; un auteur va jusqu'à s'interroger sur les motivations qui conduisent à choisir des indicateurs sociologiques inadaptés au phénomène étudié qui conduisent à le surévaluer, considérant que « cette contribution par les chiffres a davantage consisté à dénoncer les prétendus effets négatifs de la grossesse à l'adolescence (problèmes de santé, échec scolaire, pauvreté, exclusion sociale, dépendance financière...) qu'à la décrire objectivement », v. M. Le Den, « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France », op. cit., p. 88.

³ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., n° 5, pp. 3-4 ; N. Tieleman, « Vers une Convention internationale du droit des jeunes », *JDJ* n° 310, décembre 2010, p. 12.

⁴ *Le petit Robert dictionnaire de la langue française*, éd. 2016, v. « Jeunesse ». L'adolescence serait la première partie de la jeunesse.

⁵ OMS, *Orientations sur les aspects éthiques à prendre en considération pour planifier et examiner des recherches sur la santé sexuelle et reproductive des adolescents*, op. cit., p. 10.

⁶ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, sur la participation des enfants et des jeunes de moins de 18 ans, 28 mars 2012, CM/Rec. (2012)/2.

⁷ Charte Africaine de la jeunesse, adoptée le 2 juillet 2006, Banjoul (Gambie), p. 3 ; disponible à l'adresse suivante : https://www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/au/african_youth_charter_2006f.pdf, [consulté le 1^{er} octobre 2019] ; la législation brésilienne désigne comme « jeune » les personnes entre 15 et 29 ans, v. le statut de la jeunesse instauré par la loi n° 12.852, du 5 août 2013, art. 1, disponible à l'adresse : http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm, [consulté le 1^{er} octobre 2019]

⁸ ONU, Assemblée générale, résolution n° 36/28 du 13 novembre 1981, destinée à préparer l'année internationale de la jeunesse (1985) ; source : <https://www.un.org/development/desa/youth/what-we-do/faq.html> [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁹ Toujours selon l'ONU, ex. : E. Loaiza, M. Liang, *Adolescent pregnancy : A Review of the Evidence*, UNFPA, New York, 2013. G. Shadili, « Adolescents et jeunes adultes », *L'information psychiatrique*, janvier 2014, pp. 11-19.

d'institutions qui lui sont dédiées (ministère de la Jeunesse¹, Protection judiciaire de la jeunesse...), le jeune tout comme l'adolescent ne disposent pas, d'une existence juridique faute de statut spécifique², si bien que « la perception de l'âge constitue, avant tout une construction sociale, sur laquelle, ensuite seulement, viennent se greffer des dispositifs juridiques »³.

14. Le terme « jeunesse » permet d'opérer une distinction entre les membres d'une même catégorie (jeune adolescent, jeune adulte...), fonction (jeune parent, jeune salarié...) ou profession (jeune travailleur). Utilisée de cette manière, il introduit une différenciation fondée sur l'âge ou l'ancienneté. Dans ce cadre, il s'agit moins d'un repère temporel que d'une référence à la vulnérabilité résultant de l'inexpérience de certains membres du groupe d'individus visé. Ce recours à la notion de « jeunesse » trouve une illustration en droit social, où les jeunes ne constituent pas une catégorie juridique homogène⁴. L'article 3161-1 du Code du travail définit les jeunes travailleurs comme étant des salariés et des stagiaires âgés de moins de 18 ans, mais certains dispositifs favorisant l'insertion professionnelle des « jeunes » s'étendent aussi aux « jeunes adultes »⁵, notion comprenant non seulement des mineurs mais aussi des majeurs⁶. La loi se réfère, par exemple, aux « jeunes parents » en leur accordant le bénéfice du Revenu de Solidarité Active (RSA), sous réserve d'assumer la charge d'un ou plusieurs enfants nés ou à naître, sans condition d'âge⁷. Cette référence à la « jeunesse » du parent renvoie moins à son âge qu'au caractère récent de l'attribution de son statut de parent. Le « jeune parent » ne désigne pas spécifiquement ceux qui acquièrent ce statut durant leur minorité, mais toute personne qui devient parent pour la première fois, quel que soit son âge. Il convient donc d'éviter de se référer à la jeunesse du parent, si l'on souhaite désigner ceux n'ayant pas atteint l'âge de la majorité civile au moment de la naissance de leur enfant. Le « jeune parent » désigne non seulement ceux dont l'âge est inférieur aux autres parents, mais également ceux qui accèdent pour la première fois à ce statut, conduisant à y inclure également les « jeunes majeurs ». La jeunesse du parent renvoie à une réalité bien trop vaste qui ne correspond pas au sujet étudié. De la notion de « jeunesse », nous ne retiendrons que la vulnérabilité liée à l'inexpérience des personnes ainsi désignées. Or, l'inexpérience caractérise aussi bien l'enfance que la minorité. L'intérêt de la notion de jeunesse est limité lorsque le sujet étudié n'a pas vocation à intégrer les « jeunes majeurs » ou qu'il ne désigne pas un sous-ensemble dans une même catégorie plus importante de personnes sur un critère lié à l'âge. Pour illustrer cette seconde hypothèse, la référence à

¹ M. Richard, V. Tabard, « Quel est le rôle d'un ministère de la "jeunesse" ? », *Agora débats/jeunes*, 2001, n° 25, pp. 39-43.

² D. Guérin (dir.), « Jeunesse et Droit », dossier *AJ. fam.* 2017, p. 511.

³ I. Desbarats, B. Reynès, « Âge et conditions de travail », *Dr. soc.* 2003, p. 1067.

⁴ N. Dedessus-Le-Moustier, C. Hablot, « Seuil d'âge en droit social », *AJ. fam.* 2017, p. 519.

⁵ *Ibid.* ; ex : art. L. 5131-6 al. 3 CT : « La garantie jeunes est un droit ouvert aux jeunes de seize à vingt-cinq ans qui vivent hors du foyer de leurs parents ou au sein de ce foyer sans recevoir de soutien financier de leurs parents, qui ne sont pas étudiants, ne suivent pas une formation et n'occupent pas un emploi et dont le niveau de ressources ne dépasse pas un montant fixé par décret, dès lors qu'ils s'engagent à respecter les engagements conclus dans le cadre de leur parcours contractualisé d'accompagnement vers l'emploi et l'autonomie. »

⁶ V. *supra* n°3 sur la notion d'adulte.

⁷ Art. L. 262-4 al 2 CASF ; v. le site de l'administration française qui lui reconnaît une existence propre : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F33692> [consulté 25 août 2019].

la jeunesse peut être utilisée avec intérêt pour dissocier les plus « jeunes mineurs » de leurs aînés, ceux-ci pouvant être aussi désignés comme étant des enfants. La « jeune mère » et le « jeune parent » laissent ainsi place à la « mère enfant » et potentiellement au « parent enfant ».

15. L'enfance correspond communément à la première période de la vie humaine, de la naissance à l'adolescence¹. Abordée sur le plan biologique, elle correspond à une période non homogène qui s'étend de la naissance à l'âge adulte², ce qui correspond à la conception juridique de ce terme intégrant non seulement la petite enfance, mais aussi l'adolescence. Contrairement à l'adolescence, l'enfance bénéficie d'une existence juridique au travers des références légales faites à l'enfant. L'enfant un mot polysémique, qui selon son utilisation ou son contexte, peut renvoyer à une réalité juridique différente. Selon le vocabulaire juridique Capitant, dans son sens premier l'enfant désigne un « descendant au premier degré, fils ou fille, sans condition d'âge »³. Cette dernière précision est importante, parce qu'elle indique que le terme « enfant » peut ne comporter aucune dimension temporelle pour désigner la place occupée par une personne au sein de l'ordre familial qui se structure essentiellement par la filiation. La personne est ici appréhendée dans ses relations familiales par rapport à ses parents⁴, en tant que « petit d'homme »⁵. Dans sa seconde signification, le vocabulaire juridique Capitant l'assimile au mineur⁶ en raison de la jeunesse qui le caractérise⁷. Dans ce contexte, le terme « enfant » est utilisé comme un marqueur temporel qui renvoie à l'enfance. Or, si la minorité et l'enfance présentent des similitudes, les mots qui y sont associés : enfant et mineur ne traduisent pas une réalité identique. Ce constat ressort de l'article premier de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, qui le définit comme « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Si tous les enfants sont mineurs, tous les mineurs ne sont plus nécessairement des enfants. Bien qu'une majorité des pays fixe l'âge légal de la majorité civile à 18 ans, faisant ainsi coïncider enfance et minorité, certaines législations ont maintenu un seuil

¹ *Le petit Robert dictionnaire de la langue française*, éd. 2016, v. « enfance » sens n°1.

² C. Neirinck, « Enfance », in *Rep. civ.*, Dalloz, octobre 2016, (actualisé juillet 2019), n°1.

³ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « enfant », sens n° 1. ; art. 371, 734 et 743 C. civ.

⁴ Le nom de famille a permis de rattacher une personne à sa famille sans avoir à recourir à sa qualité d'enfant afin de l'identifier. « Il marque, en principe, le rattachement de l'individu à une famille ou à une personne dont il prend le nom » : F. Larroche-Giserot, « Nom - prénom », in *Rep. civ.*, Dalloz, n° 7. Pour une illustration, il convient de se référer au récit d'Homère *L'Illiade*, (éd. Flammarion, coll. GF, 2017, trad. E. Lasserre.) où les différents protagonistes sont désignés par leur prénom associé à leur lieu d'origine, leur fonction, une caractéristique physique ou à défaut replacé dans leur lignage (ex : Agamemnon y est désigné comme le roi de Mycènes, ou roi des rois de toute la Grèce, mais également comme étant « le fils du brave Atreus [Atreï] dompteur de chevaux », v. Chant 2, p. 32). L'œuvre de J.R.R. Tolkien illustre également cette problématique, (ex. : *Les enfants de Húrin*, in *Contes et légendes inachevés du premier âge*, trad. T. Jolas, éd. Christian Bourgois, 1996), il s'agit de récits où coexistent à la fois des protagonistes disposant de nom de famille avec d'autres qui en sont dépourvus. Pour tous les personnages sans nom de famille ou surnom, l'auteur est contraint de les présenter en les replaçant dans leur filiation. Ils sont donc identifiés comme étant les enfants de leur mère ou de leur père, qui sont également présentés comme les enfants de leur père et de leur mère etc. Le nom de famille permet ainsi d'éviter cette énumération fastidieuse et de le lier à sa famille.

⁵ J. Hauser, « Des petits hommes ou des petits d'hommes », in *L'enfant et les conventions internationales*, J. Rubellin-Devichi, R. Franck (dir.), PUL, 1996, p. 471.

⁶ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « enfant », sens n° 2.

⁷ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 5, p. 3.

plus tardif¹. En France, la majorité civile n'a été fixée à 18 ans qu'à compter de la loi du 5 juillet 1974², ce seuil était antérieurement fixé aux 21 ans de la personne³. La fin de l'enfance peut ne pas coïncider avec celle de la minorité en fonction des législations qui se bornent à délimiter la minorité.

16. Pour mieux cerner cette période, il est important de partir de sa racine issue du latin *infans* signifiant littéralement « qui ne parle pas »⁴. L'*infans* renvoyait à la période de l'*infancia* durant laquelle la personnalité juridique de l'enfant était totalement occultée par celle du *pater familias*, le seul à être *sui juris*⁵. Cette période s'étendait de la naissance jusqu'à la septième année de l'enfant considérés alors comme « l'âge de raison »⁶. L'enfant désigne traditionnellement celui qui n'a pas encore acquis toutes les qualités nécessaires pour assumer les devoirs et les responsabilités de la vie sociale et juridique⁷. Ce qui lui fait défaut avant tout est la raison, entendue comme la capacité naturelle à discerner et l'aptitude à comprendre⁸ ce qui l'entoure. L'allégorie de la caverne utilisée par Platon au livre VII de La République⁹ pour symboliser le passage du monde sensible au monde de la raison peut illustrer le point de bascule entre l'enfance et l'âge adulte qui se manifeste par l'acquisition progressive du discernement. Platon utilise cette image de la caverne pour dépeindre le monde sensible dans lequel des personnes sont enchaînées depuis leur naissance, cette allégorie offre également une représentation symbolique pertinente de l'enfance. L'enfant prisonnier de ses sens ne perçoit qu'une réalité déformée du monde et de la société qu'il doit pourtant intégrer à sa majorité. Faute d'un discernement suffisant pour se libérer seul de l'entrave de ses sens, l'enfant ne peut contempler directement les objets situés derrière lui en pleine lumière et ne peut donc comprendre les règles qui organisent ce monde. Il n'en perçoit que l'ombre portée sur le mur qui lui fait face, si bien qu'il confond l'ombre de l'objet avec l'objet lui-même. L'enfant ne pourra sortir de la caverne qu'avec l'aide d'une personne qui doit avoir elle-même quitté ce lieu. Cette personne représentée par le philosophe dans le récit de Platon peut être, dans notre exemple, substituée par ses père et mère. Leur rôle consistera dans un premier temps à l'aider à se libérer des entraves de ses sens, puis à le guider vers la lumière afin qu'il quitte progressivement la caverne pour le monde extérieur. Les parents seront tenus de l'éduquer et de le protéger durant ce périple. Ce passage de la caverne au monde extérieur, symbolisant le passage du monde sensible à la raison, permet de représenter le passage de l'enfance à l'âge adulte¹⁰, durant lequel la présomption d'immatunité de l'enfance laisse place à une présomption de discernement. Cette allégorie aide à mieux comprendre les réticences pour envisager un mineur dans le rôle de parent. Comment serait-il en capacité de guider son

¹ V. sur ce point : M. Dupont, C. Ray-Salmon, *L'enfant c'est l'adolescent à l'hôpital*, *op. cit.*, pp. 43 et 44.

² Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, JO 7 juillet 1974, p. 7099.

³ Loi du 20 septembre 1792, titre 4, art. 2.

⁴ *Le petit Robert dictionnaire de la langue française*, éd. 2016, v. « enfant ».

⁵ V. sur ce point : M. H. Renaut, *Histoire du droit de la famille*, éd. Ellipses, coll. Mise au point, 2^{ème} éd., 2012, p. 76.

⁶ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, *op. cit.*, n° 683, p. 527.

⁷ J. Hauser, « Des petits hommes ou des petits d'hommes », *op. cit.* ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*

⁸ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « raison », sens n° 1.

⁹ Platon, *La République*, trad. G. Leroux, éd. GF Flammarion, 2002.

¹⁰ Pour une illustration : P. Le Coz « L'allégorie de la caverne : un paradigme pour appréhender l'adolescence », in *Adolescent et acte médical, regard croisés*, B. Feuillet-Liger, R. Ida (R.) (dir.), éd. Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société, 2011.

enfant vers la maturité s'il est lui-même prisonnier de ses sens ? L'enfance se caractérise donc par l'immaturité tant physique que psychologique de la personne, immaturité qui se traduit par un discernement insuffisant pour percevoir et préserver seul ses intérêts¹. Cette vulnérabilité le place sous la dépendance de ses parents. Ceux-ci pourront substituer leur volonté à celle encore imparfaite de leur enfant, le temps pour lui d'acquérir la maturité nécessaire pour exprimer une volonté personnelle suffisante afin de préserver ses intérêts dans le respect des règles organisant la société. « Si historiquement on peut affirmer qu'un droit de l'enfance a toujours existé, il consistait plutôt en un ensemble de droits que les adultes avaient sur les enfants »², c'est donc au travers de l'enfant qu'il convient d'appréhender juridiquement ses père et mère, les seuls à disposer du statut de parents.

17. L'enfant a été pendant longtemps considéré comme un élément de perpétuation de la lignée familiale. Le droit romain plaçait l'ensemble des membres de la famille (femmes, enfants et serviteurs) sous la domination du chef de famille³, le *pater familias*, qui exerçait sur eux la *manus*⁴. Le chef de famille maintenait sous sa puissance (la *patria potestas*), tous ses descendants, y compris lorsque les fils devenaient eux-mêmes pères⁵, les filles n'y échappaient qu'à leur mariage pour passer sous celle de leur époux⁶. Le pouvoir du père absorbait tout, la famille était organisée par la volonté exclusive du *pater familias*⁷.

18. Au Moyen-Âge, les organisations familiales se diversifient, entre les pays de droit écrit où subsiste une organisation fondée sur la *patria potestas* romaine, tandis que les pays de droit coutumier sont régis par le *mund*⁸ d'origine germanique. Si le droit romain était marqué par une certaine rigidité, la puissance du père n'avait pas vocation à décliner avec l'âge et s'étendait sur l'ensemble de sa lignée. Les pays de droit coutumier ne maintenaient les droits du père sur ses descendants que tant qu'ils vivaient sous son toit, le fils devenait *sui juris* à la suite d'événements marquant sa vie, tels que le mariage, la majorité fixée à 25 ans, l'accès à certaines charges (armée, magistrature ou ecclésiastique), l'exercice du commerce ou l'établissement dans un domicile distinct du domicile familial⁹. Cette distinction entre pays de droit écrit et de coutume a perduré sous l'Ancien Régime, les premiers conservant une puissance paternelle proche de la *patria potestas* et les seconds optant pour une autorité détenue par les père et

¹ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, éd. PUF, coll. Questions d'éthique, 2002, p. 120 ; F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant – Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, éd. Edilivre AParis, coll. Coup de cœur, 2008, n° 8.

² F. Dekeuwer-Defossez, *Les droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 4.

³ J. Poumarède, « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution », in *Le statut du mineur : plus de droits, plus de protections*, Actes du colloque organisé par la Cour de cassation le 10 juin 2011, LPA, 2012, n° 50, p. 13.

⁴ Terme généralement utilisé pour désigner la puissance de l'époux sur son épouse, le *mund* renvoyant à l'idée plus large de l'autorité, v. P. Viollet, *Précis de l'histoire du Droit français*, *op. cit.*, pp. 493 s.

⁵ Ils n'accédaient pas au statut de *pater familias*, conservé par le chef de famille, ils demeuraient *filius familias*, v. sur ce point : P. Viollet, *loc. cit.*, p. 494.

⁶ *Ibid.*

⁷ P. Viollet, *loc. cit.*, p. 495 ; P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018, p. 706, n°1522, p. 707.

⁸ En latin : *Mundium* ; le *mund* revoit à l'autorité entendu dans une conception large, qui donnera également naissance à la *mainbournie*, v. sur ce point : P. Viollet, *Précis de l'histoire du Droit français*, *op. cit.*, p. 494.

⁹ P. Viollet, *op. cit.*, p. 497 ; M. H. Renaut, *Histoire du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 79 ; P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *loc. cit.*

mère¹ prenant fin au mariage de l'enfant, à son émancipation, à l'âge de la pleine majorité (25 ans²) ou encore lorsqu'il accédait à certaines charges³. La Révolution a mis fin à la *patria potesta* des pays de droit écrit par la loi du 28 août 1792⁴ en étendant à l'ensemble du territoire l'organisation adoptée par les pays de droit coutumier⁵. Les droits détenus par le père sur l'enfant sont encadrés dans leur étendue et leur durée et s'éteignent à la majorité dont le seuil passe de 25 à 21 ans⁶. Seuls les mineurs demeurent soumis à la puissance paternelle⁷, faisant ainsi coïncider l'enfance avec la minorité.

19. Le Code civil napoléonien a rejeté les principes révolutionnaires, la famille devant être menée par une seule volonté⁸. La puissance paternelle est restaurée, mais contrairement à la *patria potesta* romaine, « l'enfant est destiné à devenir un être libre, qui ne saurait vivre toute sa vie sous la dépendance du *pater* »⁹. Bien que cette puissance ne fût pas définie légalement¹⁰, elle devait en principe s'exercer dans l'intérêt de l'enfant, les pères bénéficiant d'une confiance absolue dans le bon usage de leurs droits¹¹. La loi ne prévoyait aucune cause permettant d'écarter un père de l'exercice de la puissance paternelle pour préserver l'enfant des excès et des dérives de sa protection¹². Il faudra attendre la Troisième République avec la loi du 24 juillet 1889¹³ pour qu'un père puisse être déchu de ses droits et la loi du 18 avril 1898 dite loi Roussel¹⁴ qui a réprimé les actes de violence, de cruauté et voies de fait contre les enfants en offrant au juge de l'Assistance publique la possibilité de prendre une mesure de placement au bénéfice de l'enfant chez un parent ou un tiers.

20. La puissance paternelle a laissé place à l'autorité parentale avec la loi du 4 juin 1970¹⁵. Ce texte n'a fait que consacrer l'évolution des droits parentaux, les rapports juridiques organisant la famille

¹ A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, n°234, p. 305.

² *Aetas legitima*.

³ L. Garéil, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 413, 2004, p. 4, nos 6-7.

⁴ Loi de l'Assemblée nationale législative, du 28 août 1792, l'an quatrième de la Liberté, portant que les majeurs ne seront plus soumis à la puissance paternelle.

⁵ F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *La famille*, *op. cit.*, n°937, p. 990.

⁶ Décret du 31 janvier 1793.

⁷ P. Murat, « La puissance paternelle et la Révolution française : essai de régénération de l'autorité des pères », in *La loi, la famille, l'État, de la Révolution au Code civil*, Textes réunis et présentés par I. Théry et C. Biet, Paris, Imprimerie nationale, Centre Georges Pompidou, 1989, pp. 390 s.

⁸ X. Martin, « À tout âge ? Sur la durée du pouvoir des pères dans le Code Napoléon », *Revue histoire faculté de droit*, 1992, p. 227.

⁹ P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*

¹⁰ F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *La famille*, *op. cit.*, n° 947, p. 1011 ; pour une définition doctrinale, v. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, *op. cit.*, n° 689, p. 533 : « La puissance paternelle peut être définie [comme] l'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants tant qu'ils sont mineurs et non émancipés, pour faciliter l'accomplissement des devoirs d'entretien et d'éducation dont ils sont tenus ».

¹¹ Selon Montesquieu, *Lettres persanes*, Lettre 129, il s'agit de « la plus sacrée des magistratures, de toutes les puissances, celles dont on abuse le moins » ; P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*

¹² M. H. Renaut, *Histoire du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 80.

¹³ Loi du 24 juillet 1889, Enfants maltraités ou moralement abandonnés, placement des mineurs, action éducative en milieu ouvert, JO 25 juillet 1889, p. 3653 ; reproduction disponible sur le site de l'Observatoire National de la Protection de l'Enfance (ONPE) : <https://onpe.gouv.fr/historique>

¹⁴ Loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants, JO 21 avril 1898 ; reproduction disponible sur le site l'ONPE : <https://onpe.gouv.fr/historique>. [consulté le 1^{er} octobre 2019]

¹⁵ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, JO 5 juin 1970 p. 5227 ; C. Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971, chron. p. 1 ; M. Gobet, « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP* 1971, I, p. 2421 ; F. Terré, « À propos de l'autorité parentale », *Archives philosophiques du droit*, t. 20, 1975, pp. 45 s. ; J. Carbonnier, « L'autorité parentale », *Essais sur les lois*, 1979, pp. 67 s.

nucléaire¹ ne reposant plus sur l'idée d'« une "puissance", pouvoir souverain de domination sur la personne, mais sur une "autorité", complexe de droits et de devoirs, conférée aux parents pour protéger l'enfant »². Parmi ces droits et devoirs figuraient explicitement le « droit et devoir » de garde, de surveillance et d'éducation³. Contrairement à la puissance paternelle dont l'exercice était dévolu par principe au père⁴, l'autorité par sa nature parentale appartient désormais aux deux parents et à eux seuls en raison de leur lien de filiation, tandis que les grands-parents ne se voient accorder qu'un droit à maintenir leurs relations avec leur petit-enfant⁵. Une première réforme interviendra le 23 décembre 1985⁶ pour étendre l'égalité des droits parentaux à l'administration des biens de leur enfant légitime, la loi de 1970 n'ayant consacré cette égalité qu'à l'égard de la gouvernance de sa personne⁷. La loi du 8 janvier 1993⁸ a fait de l'exercice en commun de l'autorité parentale le principe, et ce, que les parents soient mariés ou divorcés, que l'enfant soit légitime ou naturel⁹. Cette évolution a bouleversé les repères et les fonctions des institutions familiales, « la chaîne traditionnelle qui liait mariage-filiation-autorité a cédé, dans son premier maillon, en ce sens où le mariage n'est plus le passage obligé pour établir une filiation et bénéficier du statut qui lui est attaché »¹⁰. Or, le mariage avait pour avantage d'émanciper les futurs parents « afin que l'enfant puisse naître dans des conditions de légitimité, [...] souhaitées par la société »¹¹. D'une organisation fondée sur le couple conjugal, la famille s'est progressivement recentrée autour du couple parental¹², leur séparation étant sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale¹³. L'enfant et son intérêt deviennent « la pierre angulaire de l'autorité parentale »¹⁴ destinée à organiser les relations familiales. Cette évolution s'est vue renforcée par la loi du 4 mars 2002, qui ne définit plus l'autorité parentale par les prérogatives qu'elle confère aux parents, mais par ses objectifs, à savoir « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant [...] pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son

¹ Sur l'évolution de la notion de famille : J.-J. Lemouland, « Famille », in *Rep. civ.*, Dalloz, septembre 2015, (actualisé juillet 2019).

² F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *La famille*, *op. cit.*, n°938, p. 990.

³ Anc. art. 371-2 al. 2 C. civ.

⁴ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, *op. cit.*, nos 717 et 718, pp. 551 à 552.

⁵ Anc. art. 371-4 C. civ. ; A. Gouttenoire, « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses grands-parents », *AJ. fam.*, 2008, p. 138.

⁶ 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* 26 décembre 1985, p. 15111.

⁷ L'ancien article 383 C. civ. abrogé par la loi de 1985 prévoyait l'attribution de l'administration et de la jouissance légale au père.

⁸ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JO* 9 janvier 1993, p. 495 ; F. Fulchiron, « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la Loi du 8 janvier 1993 », *D.* 1993. chron. pp. 117 s. ; M. Forgit, « Exercice conjoint de l'autorité parentale dans la famille naturelle », *Dr. fam.* 1997, chron. p. 6.

⁹ Si la loi du 4 mars 2002 a effacé toute distinction entre enfant légitime et naturel dans l'organisation familiale, la référence à la légitimité de l'enfant qui demeurerait à l'égard des règles de filiation n'a été définitivement supprimée qu'avec l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JO* 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19. V. sur ce point, J.-J. Lemouland, « Famille », *op. cit.*, n°81.

¹⁰ F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *La famille*, *op. cit.*, n° 906, p. 928.

¹¹ À propos de l'usage social des mariages « précoces » : F. Dekeuwer-Défossez, « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *Recherches familiales*, janvier 2001, n°9, pp. 163-171.

¹² P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°1557, p. 719.

¹³ Art. 373-2 C. civ.

¹⁴ P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°1525, p. 710.

développement, dans le respect dû à sa personne »¹. Son caractère altruiste amène une partie de la doctrine à le qualifier de « droit fonction »².

21. Cette vision de l'enfance explique les références faites à l'« enfant » et non au « mineur » dans les dispositions du Code civil consacrées à la filiation et à l'autorité parentale. Si « la situation de l'enfant doit désormais être envisagée du point de vue de l'enfant et, autant que possible, par l'intéressé lui-même »³, il continue toutefois d'être appréhendé au travers de ses parents qui gouvernent sa personne et gèrent ses biens⁴, car il « ne peut survivre s'il n'est pas entouré d'adultes »⁵. Ce sont ses parents qui ont la charge de déterminer et de faire respecter ses intérêts. En tant qu'enfant, il continue d'être un objet de droit, soumis à l'autorité de ses parents pour pallier l'immaturation de sa volonté⁶. L'enfance ne confère pas de statut juridique spécifique en tant que tel, car la personne apparaît comme sujet passif de sa vie juridique. Cette passivité ne signifie pas que l'enfance est dénuée d'effet, bien au contraire. C'est de l'existence de l'enfant que résultent l'attribution du statut de parent ainsi que les droits et obligations qui en découlent. C'est l'enfant qui fait juridiquement le parent et non l'inverse, car c'est « autour de l'enfant, en fonction de l'enfant et pour l'enfant que [s'organisent] les relations familiales »⁷. La notion d'enfant a toute sa place dans notre législation, elle donne son sens à la fonction parentale, bien que ce terme soit parfois utilisé comme un synonyme de mineur. Pourtant, si l'enfance et la minorité sont synonymes d'une même période de la vie, ces deux notions présentent sous un angle différent la personne qu'elles désignent. Présenter le parent par sa minorité comme étant un mineur parent ou un parent mineur, revient à l'appréhender sous un angle juridique différent de celui de l'enfance, en se recentrant sur sa personnalité juridique et non au travers de celle de ses parents.

22. **La minorité** est définie par notre législation au travers du mineur, qui comme l'enfant, est « l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis »⁸. La minorité renvoie, non seulement à une période de la vie humaine⁹, mais également à une condition juridique¹⁰. Les dix-huit ans accomplis marquent, depuis la loi du 5 juillet 1974¹¹, le seuil de la majorité civile avec le passage de l'enfance et de la minorité, à la majorité. L'enfance et la minorité renvoient généralement

¹ Art. 371-1 C. civ.

² C. Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 », *op. cit.*, n°s 25 s ; I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, éd. Odile Jacob, Documentation française 1998, p. 190 ; P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 715 s ; A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2019, n°593, p. 255.

³ F. Dekeuwer-Defossez, *Les droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 6.

⁴ L'enfant n'existait pas en tant que sujet de droit, mais parce qu'il « insérait les parents dans le futur, leur donnait la dignité de porteurs d'avenir et les intégrait ainsi définitivement à la partie vive de la société » : L. Roussel, *La famille incertaine*, éd. Odile Jacob, coll. Opus, 1999, p. 193.

⁵ F. Dekeuwer-Defossez, *op. cit.*, p. 4.

⁶ « Il est par ailleurs faux d'affirmer que le mineur n'est plus objet de droits. En effet, il a été est, et restera pour son plus grand profit, objet de droits parentaux » : A. Gouttenoire, « Le statut juridique du mineur », *RLDC*, n° 87, 1^{er} novembre 2011.

⁷ M. Porot, *L'enfant et les relations familiales*, éd. PUF, coll. Paideia, 2^{ème} éd., 1959, p. 3.

⁸ Art. 388 C. civ.

⁹ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « minorité » sens 1, a/.

¹⁰ *Ibid.*, sens 1, b/.

¹¹ Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974, *op. cit.*

à une même période de la vie, de cette unicité temporelle découle une identité d'objet, tout enfant étant également mineur. Ce constat doit cependant être tempéré, car la fin de l'enfance et celle de la minorité peuvent ne pas coïncider lorsque le seuil de la majorité est fixé au-delà des dix-huit ans, comme dans le cas de certaines législations étrangères¹. Ce décalage peut se répercuter sur le statut de la personne, car l'article 3 du Code civil prévoit que les lois concernant l'état et la capacité des personnes n'ont pas vocation à régir les ressortissants étrangers, qui demeurent soumis à la législation de leurs pays d'origine. Lorsque l'âge de la majorité intervient plus tardivement, cette personne continuera d'être considérée comme mineure tant qu'elle n'aura pas atteint l'âge de la majorité en vigueur dans son pays d'origine, cela quand bien même elle serait en principe sortie de l'enfance à ses dix-huit ans révolus.

23. Contrairement aux autres notions évoquées, la minorité présente l'avantage d'être univoque. Elle s'exprime « dans les nombres, l'arithmétique l'accompagne et fixe sa disparition »², la naissance et la majorité en déterminent les limites. Là où la minorité se distingue de l'enfance, c'est qu'elle conçoit la personne en tant que personne juridique. Le mineur est donc un sujet de droit, titulaire de droits subjectifs³, ce qui conduit à le présenter comme un sujet actif. La vulnérabilité et la dépendance qui marquent les premières années d'existence des individus font qu'ils bénéficient durant cette période d'une protection spécifique, protection qui consiste en une incapacité d'exercice de principe dont la portée est générale. Contrairement à l'incapacité de jouissance qui fait obstacle à l'attribution d'un droit⁴, cette incapacité civile empêche les mineurs d'exercer personnellement les droits dont ils sont titulaires⁵. Cette incapacité découlant du statut de mineur s'explique par son inaptitude présumée à défendre lui-même ses intérêts, pour éviter qu'il n'accomplisse des actes susceptibles de lui nuire⁶. Le mineur est tenu à l'écart de la vie juridique afin de l'en protéger⁷. Pour pallier sa vulnérabilité et éviter que cette incapacité d'exercice ne devienne une incapacité de jouissance, le mineur sera légalement représenté dans tous les actes de sa vie civile ainsi que dans toutes les procédures judiciaires qui le concernent. Les mineurs ne peuvent valablement ni conclure seuls les actes de la vie civile ni agir en justice en dehors des exceptions prévues par la loi. Tandis que l'autorité compense son immaturité, la représentation légale pallie son incapacité juridique. Les parents, chargés par principe de la représentation légale, sont désignés par la loi pour agir, ou ne pas agir, pour le compte du mineur qu'ils représentent, il s'agit de « la consécration publique d'un lien de dépendance entre un individu et un autre »⁸. Cette dépendance

¹ Sur les différents seuils d'âge de majorité civile, v. M. Dupont, C. Ray-Salmon, *L'enfant & l'adolescent à l'hôpital*, *op. cit.*

² J. Carbonnier, *Droit civil. Les personnes*, t. 2, éd. PUF, coll. Thémis, 2000, n° 106.

³ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 9, p. 5.

⁴ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.* : la capacité de jouissance est l'aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation.

⁵ *A contrario*, la capacité se définit comme l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer, v. *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *loc. cit.* ; I. Maria, « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP* 2009, I, p. 149.

⁶ A. Gouttenoire, « Le statut juridique du mineur », *op. cit.* ; C. Quennesson, *Mineur et Secret*, thèse dactyl., Bordeaux, 2017, n° 3, p. 18.

⁷ « Chacun sait que l'incapacité des mineurs, reconnaissance légale de leur état de faiblesse naturelle, est l'effet d'un politique de protection et non d'une quelconque gérontocratie. L'incapable n'est pas la victime d'une brimade, d'un sacrifice de l'individu à la société mais le bénéficiaire d'une mesure qui rétablit en sa faveur un équilibre des forces que la nature n'a pas encore réalisé » : G. Cornu, « L'âge civil », *op. cit.*, p. 9.

⁸ A. Gouttenoire, « Représentation et administration légale », in *Dr. fam.*, P. Murat (dir.), Dalloz, coll. Dalloz action, 2016, n° 237. 12.

résultant de l'incapacité juridique se matérialise dans la réalisation des actes juridiques et des actions en justice. Sur ce point, la protection conférée par la minorité présente des similitudes avec la protection des personnes majeures placées en tutelle, toutes deux reposent sur le mécanisme de la représentation légale¹. Comme les personnes majeures placées en tutelle peuvent être parents, un parallèle peut être établi avec la situation des mineurs, car ils bénéficient d'une incapacité juridique de protection². Cependant, il convient dès à présent de relever que ce point commun ne peut occulter une différence fondamentale entre ces deux situations. La minorité s'applique à des enfants au début de leur existence, tandis que la protection des personnes majeures s'adresse à des adultes, ce qui signifie qu'elles ont un vécu et ont une histoire personnelle bien plus marquée que ceux d'un enfant qui n'est pas encore inséré dans la société et qui doit encore être éduqué pour y parvenir. Cette différence influe nécessairement sur la manière de les protéger et *in fine* sur les dispositions organisant leur protection. L'enfance et la minorité traduisent la spécificité de cette période et de leur protection par l'autorité parentale.

24. L'enfance et la minorité sont deux notions complémentaires qui traduisent les deux aspects d'une même situation juridique, correspondant à celle dans laquelle se trouve une personne durant les dix-huit premières années de son existence. Ce constat conduit certains auteurs à préférer cette double qualification d'« enfant mineur »³. Pour reprendre la formulation utilisée par le professeur J. Hauser⁴, alors que l'enfant désigne le « petit d'homme » et le présente en tant que membre de sa famille, objet du droit de ses parents, le terme de mineur permet de le présenter comme un « petit homme », sujet de droit à part entière de la société dans laquelle il sera amené à s'intégrer. En tant que mineur, il dispose de droits pouvant potentiellement concurrencer ceux détenus par ses parents. Bien que les notions d'enfant et de mineur soient utilisées comme synonymes, des auteurs proposent une application distributive de ces termes, l'enfant devant être privilégié chaque fois que la personne est appréhendée en tant que membre de sa famille comme dans le cadre de la filiation ou dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale que ses parents exercent sur lui. Le terme de mineur doit lui être préféré lorsqu'il s'agit d'évoquer l'exercice des droits dont il est titulaire⁵. Cette utilisation distributive de l'enfance et de la minorité sera préférée à l'adolescence et à la jeunesse qui ne permettent pas de rendre compte de la situation juridique des personnes qu'elles désignent. L'utilisation des termes revêt une certaine

¹ F. Marchadier, « Majeur protégé, gestion du patrimoine », in *Rep. civ.*, Dalloz, décembre 2016, (actualisé juillet 2019), n° 243.

² G. Raoul-Cormeil, « *Insania omnia corrumpit* », *D.* 2011, p. 50.

³ Ex. : F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *La famille*, *loc. cit.*

⁴ J. Hauser, « Des petits hommes ou des petits d'hommes », *loc. cit.*

⁵ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.* ; il convient de relever que la commission présidée par le professeur Varinard et remis au Garde des Sceaux prévoyait de substituer le terme d'enfant par celui de mineur. Cette proposition doit cependant être replacée dans son contexte, car elle a été faite dans le cadre de travaux exclusivement consacrés à la justice pénale des mineurs. La responsabilité pénale est une responsabilité personnelle, les personnes sont donc présentées en tant que sujet de droit et la notion d'enfant n'a pas sa place. Ce raisonnement conduit la commission à proposer « un changement de terminologie, le tribunal pour enfants devenant le « tribunal pour mineurs » et le juge des enfants devenant le « juge des mineurs ». C'est oublier que le tribunal pour enfants et le juge des enfants sont également chargés de l'assistance éducative où le mineur est appréhendé au travers de sa protection et de ses parents, donc comme un enfant. L'usage du terme d'enfant est dans ce cadre parfaitement justifié ; v. A. Varinard (dir.), *Adapter la justice pénale des mineurs, entre modifications raisonnables et innovations fondamentale*, La doc. fr., 2009, pp. 15 s.

importance, car de ce choix résulte la manière dont le phénomène désigné sera appréhendé par les politiques publiques destinées à répondre aux éventuels problèmes qu'il suscite.

25. La vision des politiques publiques est principalement influencée par l'approche socio-médicale du phénomène par le biais de l'adolescence, qui peine à être transposée sur un plan juridique, faute d'équivalent. « Si le thème de la grossesse à l'adolescence a donné lieu à diverses interprétations, il est toutefois un point commun à quasiment tous les écrits sur le sujet : la grossesse y est toujours appréhendée comme un problème médical et/ou social »¹. L'approche médicale y voit une question de santé publique, en raison d'un risque accru de prématurité de l'enfant à la naissance et le taux élevé de mortalité infantile. Pourtant, quelles que soient les difficultés avancées par ces études, on constate que les complications sont identiques quel que soit l'âge de la parturiente, seul le risque de complication durant la grossesse tend à augmenter plus l'âge de la mère diminue². Leur survenance peut être particulièrement préjudiciable pour la mère comme pour l'enfant lorsqu'ils ne peuvent bénéficier à temps d'un suivi et d'une prise en charge médicale adaptés. Si cette question est particulièrement préoccupante dans les pays dits « en voie de développement »³ en raison de difficultés liées à l'accès aux soins, elle l'est beaucoup moins dans les pays dits « développés » dont les problématiques ne se posent pas dans les mêmes proportions⁴. Un auteur observait qu'à compter des années 80, « de nombreuses enquêtes médicales révélaient que, à niveau socio-économique et état matrimonial identique, les grossesses d'adolescentes ne différaient pas, sur le plan médical, de celles de leurs aînées »⁵. Pour résumer, ce « n'est pas le phénomène des maternités précoces qui pose problème en soi, mais le fait que ces grossesses soient beaucoup moins suivies que les autres et présentent ainsi plus de risques de santé pour la mère et l'enfant que les grossesses de femmes plus âgées »⁶. La question médicale des grossesses et des maternités chez les mineures s'est progressivement déportée sur l'importance du recours aux différents moyens de contraception ainsi qu'au nombre d'Interruptions Volontaires de Grossesse (IVG), globalement mieux documentées que les grossesses et les maternités pour cette catégorie de population⁷. Ce changement s'observe au niveau mondial⁸ comme au niveau national avec, en France, la publication de deux rapports successifs destinés à alerter les pouvoirs publics sur la

¹ C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *Adolescence*, janvier 2006, n° 55, p. 225.

² *Ibid.* Cependant, l'auteur observe que le discours médical se focalise désormais davantage sur les maternités des femmes âgées de plus de 40 ans dites « tardives » plus que sur les maternités « précoces ».

³ OMS, *Guidelines for Preventing Early Pregnancy and Poor Reproductive Outcomes among Adolescents in Developing Countries*, WHO, 2011.

⁴ V. pour la France, le rapport du Haut Conseil de la Santé publique, *Santé en France, Problèmes et politiques*, mars 2015, La doc. fr.

⁵ C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *op. cit.*

⁶ A. Daguerre, C. Nativel, *Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, *op. cit.*, p. 20 ; ce constat conduit les auteurs à considérer qu'il existe donc un biais méthodologique lié à la construction de la catégorie maternité adolescente comme problématique en soi, qui conduit à sous-estimer les risques associés à la maternité quel que soit l'âge de la vie ».

⁷ M. Le Den, « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France », *op. cit.*, p. 93.

⁸ Ex. : pour le Canada, *Rapports sur la Santé*, ministre de l'industrie, vol. 12, n°1, n° 82-003-XIF, octobre 2000, pp. 9-21 ; Norvège : J. Sundby, J. Svanemyr, T. Maehre, « Avoiding unwanted pregnancy – the role of communication, information and knowledge in the use of contraception among young Norwegian women », *Patient Education and Counseling*, 38, 1999, pp. 11-19 ; Belgique : A. Deccache (dir.), *Grossesse chez les adolescentes, Tome 2, synthèse des résultats de l'étude et recommandations pour la prévention, l'éducation et l'accompagnement*, faculté de médecine de Louvain, octobre 2007.

situation préoccupante des « adolescentes ». Le premier réalisé sous la direction du docteur Uzan, consacré à la prévention et à la prise en charge des « grossesses adolescentes »¹ et le second, l'année suivante, rédigé sous la direction du docteur Nizan qui formule des propositions pour répondre aux difficultés rencontrées par les femmes, majeures comme mineures, en matière d'accès à l'IVG². Dans ce cadre, ces grossesses sont généralement qualifiées de « non voulues », « non souhaitées » ou « accidentelles », sans pour autant en définir le sens, ni la manière dont leur nombre a été obtenu, au risque que ces grossesses soient systématiquement perçues comme « non désirées » dès qu'il s'agit d'une « adolescente »³. Les chiffres servant de référence à ces études se basent sur le nombre d'interruptions de grossesse, « perçu et traité comme une seule et même problématique rassemblant les "moins de 20 ans", les "mineures" et les "15-19 ans" »⁴. S'il est incontestable qu'un certain nombre de ces grossesses et maternités ne soient effectivement pas désirées, il n'est toutefois pas possible d'en faire un principe, car si « certaines de ces grossesses et maternités se déroulent dans un environnement difficile [...] la misère sociale n'est pas l'apanage des jeunes. Il en est à l'adolescence comme à l'âge adulte », les problèmes auxquels cette population peut être confrontée n'ont donc rien de spécifique à leur âge⁵. Le caractère désiré ou non d'une grossesse ne peut se déduire de la seule majorité ou minorité de la personne, ni de la précarité de sa situation. Un auteur conclut pourtant à la création d'« une norme implicite et socialement partagée » selon laquelle « la maternité est exclue des attributions sociales d'une adolescence définie comme "phase de préparation à la vie" »⁶.

26. Cette conception influe fortement sur les politiques publiques, si bien qu'elles ne prennent pas en compte « l'existence d'un désir d'enfant, souvent réel chez les jeunes filles, notamment celles âgées de 18 à 19 ans »⁷, qui figurent au nombre des « grossesses et maternités adolescentes ». Les grossesses, les maternités et les paternités « précoces » (bien que rarement évoquées), ne sont plus considérées comme « un "état" ou une "condition", mais davantage [comme] un problème de santé ou une conduite "à risques" dans le sens où elles témoignent d'un échec de contraception corroboré par un trop grand nombre d'IVG, tout en fournissant la preuve d'une activité sexuelle chez les jeunes filles »⁸. Progressivement, « la grossesse adolescente, d'abord envisagée comme "grossesse à risque médical" est

¹ M. Uzan, rapport sur *La prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes*, publié par le Secrétariat d'État à la Santé, décembre 1998, La doc. fr.

² I. Nizand, *L'IVG en France : propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les femmes*, février 1999, La doc. fr.

³ M. Le Den, « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France », *op. cit.*, p. 95.

⁴ *Ibid.*

⁵ C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *op. cit.*, p. 232.

⁶ C. Le Van, *Les grossesses à l'adolescence. Normes sociales, réalités vécues*, *op. cit.*, p. 12.

⁷ A. Daguerre, « Les grossesses adolescentes en France et en Grande-Bretagne. Un phénomène dérangeant pour les pouvoirs publics », *op. cit.*, p. 100.

⁸ M. Le Den, « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France », *op. cit.*, p. 99.

devenue "grossesse à risque psychosocial" »¹, incluant les risques à plus ou moins brève échéance pour cette population spécifique. Cette vision explique la « focalisation des pouvoirs publics sur la prévention des grossesses non prévues, notamment celles survenues chez des mineures »², alors que le devenir de ces grossesses ou de ces familles n'est que très rarement évoqué. Ce constat conduit un auteur à conclure que « c'est bien parce que les jeunes de 13 à 19 ans, quel que soit leur degré de maturité physiologique et psychologique, sont dépendants de la société des adultes que ces derniers s'octroient le droit de réguler leur comportement sexuel »³. Or, aucune étude n'a suivi cette population sur le long terme⁴, les rares travaux de terrain réalisés sur le sujet se veulent pourtant rassurants : les grossesses menées à terme s'inscrivent majoritairement dans un projet parental⁵. Dans ces situations, « la maternité est [généralement] associée à une expérience positive, qui peut leur permettre d'acquérir un statut social, ou être une manière de stabiliser et de légitimer une relation avec un partenaire »⁶. Ce constat révèle qu'« en réalité, il n'y a pas "une", mais "des" grossesses à l'adolescence »⁷, ce qui signifie que les raisons ayant conduit ces mineurs à devenir parents ne sont pas identiques, à l'instar de leurs aînés. L'existence de grossesses et de maternité « non-désirées », ne peut suffire à écarter celles qui ont été choisies, ce qui conduit l'auteur à conclure que « les sciences sociales n'ont pas à juger du bien-fondé d'avoir des enfants à un âge jeune »⁸, rejoignant ainsi la citation du professeur Cornu⁹, et l'auteur de conclure que « la baisse du nombre de grossesses à l'adolescence ne pourra probablement pas se poursuivre indéfiniment car il faut prendre en considération le souhait de certaines jeunes femmes d'avoir un enfant », ce qui permettrait d'expliquer la stabilité des données concernant ces grossesses et maternités depuis plusieurs années. La réflexion devrait donc progressivement se déporter des moyens destinés à éviter les grossesses non-désirées vers un questionnement sur l'accompagnement de celles qui ont été choisies.

¹ C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *op. cit.*, p. 226 ; l'auteur expliquant que les risques psychosociaux sont entendus comme un risque « d'isolement social, de difficultés psychoaffectives ou socio-émotionnelles, de conditions de vie et d'hygiène défailantes, d'inadaptation sociale, de dislocation des liens familiaux et scolaires, de monoparentalité, d'incapacité professionnelle, de problème de logement, d'absence de ressources financières, ou encore de maltraitance et d'infanticide ».

² S. Durand, « Accès à la contraception et recours à l'IVG chez les jeunes femmes », in *De la contraception à l'avortement : sociologie des grossesses non prévues*, N. Bajos, M. Ferrand (dir.), INSERM, 2002, pp. 249-302, spéc. p. 249 ; l'auteur de conclure que « le caractère "non désiré" que l'on prête systématiquement aux grossesses précoces renvoie davantage au caractère "indésirable" qu'on leur attribue socialement », p. 273.

³ A. Daguerre, « Les grossesses adolescentes en France et en Grande-Bretagne. Un phénomène déroutant pour les pouvoirs publics », *op. cit.*

⁴ *Ibid.*, p. 228.

⁵ Ex : C. Aubry, J.-P. Deschamps, M. Schweitzer, « Désir d'enfant et grossesse dans l'adolescence », *Archives françaises de pédiatrie*, 1988, pp. 845-848. « Nous avons rencontré, dans des proportions non négligeables, des mineures ayant choisi de débiter une grossesse, vivant une relation de couple stable et gratifiante, et semblant suffisamment matures pour jouer leur rôle de mère », réf. cit in C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *op. cit.* ; v. également les autres références anglophones citées par l'auteur : S. D. Hoffman, « Teenage childbearing is not so bad after all... or is it ? A review of the new literature », *Family Planning Perspective*, 1998, pp. 236-240 ; F. F. Fursteinberg, J. Brooks-Gunn, S.-P. Morgan, *Adolescent mothers in later life*, Cambridge University Press, 1987 ; Pour des études plus récentes : D. Sibertin-Blanc, « Le bébé de mère adolescente, à qui appartient-il ? », *op. cit.*, n° 2 ; L. Bettoli, « Parents mineurs : la grossesse, facteur de maturation pour les jeunes parents ? Quels risques comportementelle ? Quel accompagnement à Genève ? », *Médecin & Hygiène*, février 2003, vol. 24, pp. 179 à 191.

⁶ C. Le Van, *Grossesses à l'adolescence. Norme sociale, réalité vécue*, L'Harmattan, 1998.

⁷ C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *op. cit.*

⁸ *Ibid.* ; v. également : A. Daguerre, C. Nativel, *Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, *op. cit.*, p. 17 : « En résumé, les facteurs concourant à la grossesse adolescente sont multiples et complexes ».

⁹ V. *supra* n°1.

En dépit des difficultés soulevées par les travaux réalisés par les médecins et les sociologues, ils ont le mérite de s'être intéressés spécifiquement à ce phénomène. Or, comme l'a si bien souligné le docteur Uzan, il s'agit d'une frange de la population avec des problématiques et des besoins sociaux, médicaux et juridiques bien spécifiques¹. L'étude de cette population ne sera complète qu'en prenant en compte l'aspect juridique de leur situation, ce qui implique de la qualifier juridiquement.

27. Pour qualifier juridiquement les personnes qui accèdent au statut de parent sans avoir atteint l'âge de la majorité civile, il est important d'évoquer l'exercice des droits dont ils sont titulaires, conduisant à privilégier dans ce cadre le terme de mineur qui vient marquer son incapacité juridique. Leur situation juridique s'envisage généralement sous l'angle du droit des incapacités. Cependant, la minorité ne doit pas faire oublier qu'un mineur est également, du point de vue de ses parents leur enfant et que sa vulnérabilité repose sur une simple présomption. À ce titre, il n'apparaît que dans le cadre des dispositions organisant le fonctionnement de la famille et plus précisément dans ses relations avec ses parents par l'exercice de l'autorité parentale. Cependant, le terme d'enfant ne servira principalement qu'à désigner l'enfant du mineur, qui en raison de son âge ne pourra être appréhendé qu'au travers de son parent. Une fois lié juridiquement à son enfant, si le terme de mineur conserve tout son intérêt, il ne peut suffire pour rendre compte de l'évolution de sa situation juridique et l'accès au statut de parent. Si les sociologues et les médecins abordent essentiellement cette situation du point de vue des mères mineures, occultant ainsi les éventuels pères mineurs, faute de parvenir à les identifier ou d'y être confrontés dans leur pratique, il est nécessaire de partir du principe que le droit n'a pas besoin de démontrer l'existence de ces pères pour évoquer leur situation juridique. Par conséquent, il est plus pertinent d'associer à leur minorité le terme de parent, qui, dans son sens premier, désigne non seulement la mère, mais également le père juridique de l'enfant. Leur nouvelle parenté ne fait que s'ajouter à leur minorité. Le terme de parent, à l'instar de l'adolescence, permet d'indiquer clairement qu'il s'agit d'une personne pubère. L'expression de « parent adolescent » ne présente donc que peu d'intérêt, car l'adolescence renvoie également à la puberté et ne correspond pas à la période de la minorité. Seuls deux termes peuvent désigner et rendre compte de l'évolution de la situation juridique de ces mineurs, soit en tant que « mineur parent », soit en tant que « parent mineur ». Leur sens diffère toutefois sensiblement, car l'ordre conduit à instaurer implicitement une hiérarchie entre les deux statuts juridiques qui les composent, le second terme étant subordonné au premier. À ce stade de notre développement, il est difficile d'opter pour l'un ou l'autre, sans que cela soit le résultat d'un parti pris.

28. Pourtant, sans présumer de la suite de notre développement, il convient de privilégier le terme susceptible d'emporter le plus de conséquences juridiques plutôt que celui qui en comporte le moins. Le terme « mineur parent » marque l'idée d'une stabilité du statut de mineur, en privilégiant l'incapacité

¹ M. Uzan (dir.), rapport sur *La prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes*, publié par le secrétariat d'État à la Santé, décembre 1998.

sur le statut de parent. À l'inverse, le terme de « parent mineur » introduit l'idée d'un bouleversement de la situation juridique de ces mineurs et met en lumière sa spécificité ainsi que son caractère paradoxal, en renforçant un sentiment d'antagonisme. Une fois liés juridiquement à leur enfant, il semble plus intéressant de désigner ces mineurs comme étant des « parents mineurs ». Pourtant, cette terminologie ne suffit pas à notre développement, c'est pourquoi, un trait d'union doit également être inséré entre parent et mineur, pour symboliser la confrontation et l'éventuelle imbrication de ces deux statuts juridiques. Ce signe de ponctuation permet non seulement d'associer deux éléments auparavant disjoints, pour qu'ils ne forment plus qu'une seule entité linguistique, mais aussi de relier deux éléments susceptibles de conserver chacun leur autonomie¹. La véritable signification de cette ponctuation ne sera révélée qu'à l'issue de notre démonstration. Parmi toutes les appellations utilisées pour désigner ces enfants mineurs qui accèdent eux-mêmes au statut de parent, seul le terme de « parent-mineur » permet de retranscrire le plus fidèlement possible, la spécificité de leur situation juridique en tant que sujet de droit et décrire le fonctionnement familial dans lequel ils évoluent avec leur enfant.

29. Le parent-mineur évolue dans une organisation familiale complexe. L'accès du mineur au statut de parent a pour effet une mise en abyme de la structure familiale, retranscrit par le terme de « parent-mineur ». Il est important de demeurer vigilant, car l'organisation familiale du parent-mineur diffère de l'organisation familiale de son enfant. Les rôles dévolus seront amenés à évoluer selon que l'on se place du point de vue du parent-mineur ou de son enfant. Par exemple, les père et mère du parent-mineur demeurent pour lui ses parents, mais deviennent des grands-parents pour son enfant, qui est pour eux leur petit-enfant. Comme il s'agit ici d'étudier la situation juridique des parents-mineurs, il convient de présenter la situation familiale en privilégiant leur point de vue. Les père et mère du parent-mineur seront principalement désignés sous le terme de parents, indépendamment du fait qu'ils soient également des grands-parents. L'enfant du mineur sera désigné sous le terme d'enfant, car son âge fait que sa situation sera principalement présentée au travers de l'autorité parentale dont il est l'objet. Cependant, gardons à l'esprit cette dualité de l'organisation familiale en raison de leur imbrication, les observations faites à l'égard du parent-mineur envisagé en tant que parent étant potentiellement transposables à sa relation avec ses père et mère. De la même manière, celles formulées à l'égard du parent-mineur vu par le biais de sa minorité seront également transposables à son enfant, lui-même mineur, sous la réserve de son discernement.

30. « Le droit positif se borne souvent à consacrer des situations de fait créées par les intérêts et les passions des hommes, par leurs opinions et leurs mœurs. La plupart des inégalités juridiques sont donc nées d'elles-mêmes en des milieux qui les favorisaient »². Alors que la fécondité des mineures suit

¹ Source : site de l'Académie française, disponible à l'adresse : <http://www.academie-francaise.fr/tiret-pour-trait-dunion> [consulté le 1^{er} octobre 2019].

² P. Viollet, *Précis de l'histoire du Droit français, op. cit.*, p. 379.

une évolution parallèle à celle des majeures, qui font moins d'enfants que par le passé, les études sociologiques démontrent que l'inquiétude générée par ces maternités précoces et l'existence de ces parents-mineurs pour la société et les pouvoirs publics a augmenté de manière constante, créant un fort décalage entre la « réalité statistique et la perception sociale de cette réalité »¹. Un auteur observe que « dans le contexte idéologique de nos sociétés, les adolescentes appartiennent à la catégorie des enfants en opposition à celle des adultes matures et responsables », cette vision partagée à l'échelle de la société conduit à considérer qu'« un enfant ne peut ni porter lui-même un enfant ni engendrer, sauf à remettre en question une certaine vision du monde »². Ces études mettent également en lumière « le décalage réel entre maturité physiologique et maturité sociale, entendue ici comme la capacité à subvenir à ses propres besoins »³. « La porosité des frontières de l'adolescence et de l'âge adulte représenterait un danger accru pour les jeunes »⁴, or n'est-ce pas là tout l'intérêt de ces périodes ? Cette interrogation a conduit un sociologue à se demander si la maternité précoce représente véritablement un obstacle à la qualité de vie future des jeunes mères et de leur enfant ou si elle n'est finalement qu'une « incongruité sociale »⁵. Alors que l'existence des parents-mineurs bouleverse manifestement l'ordre social, qu'en est-il de l'ordre juridique chargé d'organiser cette même société ?

31. Les questions juridiques suscitées par ces mineurs accédant à des responsabilités d'adulte ne sont que rarement évoquées. Ces mineurs mettent à l'épreuve leur présomption légale d'immatunité ainsi que leur incapacité, leur personnalité juridique venant se confronter directement aux droits et obligations que leurs parents détiennent sur eux. Avant de devenir des parents-mineurs, ce sont des mineurs qui seront éventuellement amenés à exercer les droits conditionnant l'accès au statut de parent⁶. L'attribution de ce statut juridique implique de les mettre en perspective avec la protection dont bénéficie son titulaire en raison de sa minorité, que ce soit l'accès aux moyens de contraception et à l'interruption de grossesse, sur lesquelles se focalisent l'attention des pouvoirs publics⁷, comme ceux permettant à un parent de se lier juridiquement à son enfant. L'exercice personnel de ces droits implique que leur titulaire dispose du discernement suffisant ainsi que d'une capacité juridique, ce dont ne disposent pas en principe les personnes mineures en raison de leur statut. Les mineurs ne devraient

¹ Y. Amsellem-Mainguy, « Les grossesses à l'adolescence en France », *op. cit.*, spéc. p. 3 ; v. également : A. Daguerre, C. Nativel, « Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques », *Dossiers d'études de la CAF*, n° 53, février 2004, p. 8 ; UNICEF, *A League Table of Teenage Births in Rich nations*, Innocenti Report Card n° 3, Innocenti Research Centre, 2001. p. 11.

² M. Le Den, « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France », *op. cit.*, p. 88 ; v. également : A. Daguerre, « Les grossesses adolescentes en France et en Grande-Bretagne. Un phénomène déranger pour les pouvoirs publics », *Informations Sociales*, 157, 2010, pp. 96 à 102, spéc. p. 102 : « elles [les grossesses adolescentes] perturbent l'ordre séquentiel, socialement construit, de la procréation dans les sociétés occidentales contemporaines ».

³ A. Daguerre, « Les grossesses adolescentes en France et en Grande-Bretagne. Un phénomène déranger pour les pouvoirs publics », *op. cit.*

⁴ *Ibid.*

⁵ C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : drame réel ou incongruité sociale ? », *Revue de sociologie et d'Anthropologie*, 1997, pp. 139-167.

⁶ La parenté est définie comme le lien existant entre deux personnes dont l'une descend de l'autre, v. *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « parenté ».

⁷ A. Daguerre, « Les grossesses adolescentes en France et en Grande-Bretagne. Un phénomène déranger pour les pouvoirs publics », *op. cit.*

donc pas être en capacité de revendiquer personnellement leur statut de parent, faute d'exercer personnellement leurs droits, créant ainsi une incapacité de jouissance, sauf à ce qu'elle soit compensée par l'intervention de leurs parents via l'exercice de leur autorité parentale.

32. Si l'accès des mineurs au statut de parent relève de l'autorité parentale, cela signifie qu'un parent serait en capacité d'imposer à son enfant de devenir lui-même parent, ou au contraire de le contraindre à renoncer à un tel projet, s'il l'estime contraire à ses intérêts. Abordée sous l'angle de la minorité, l'autorité parentale est une protection destinée à pallier l'incapacité du mineur en permettant à ses parents de le représenter dans tous les actes de sa vie civile¹ et dans toutes les procédures civiles où il est partie. Lorsque l'autorité parentale est étudiée par la représentation, cette approche conduit à prévoir une représentation du mineur par ses parents dans l'exercice des droits dont il est lui-même titulaire. Si la doctrine est unanime pour leur reconnaître l'exercice des droits sur la personne de leur enfant, un certain nombre d'auteurs estime qu'ils ne sont pas en capacité d'exercer l'administration légale². Le principal argument de ce refus est que les mineurs ne pourraient valablement avoir plus de droit sur les biens de leur enfant qu'ils en ont sur les leurs. Pour illustrer ce raisonnement, un parallèle est établi avec la situation juridique des parents majeurs vulnérables qui sont amenés à gouverner la personne de leur enfant, mais sont pourtant écartés de l'administration de son patrimoine³. Ce rapprochement, entre la protection des mineurs et celle des majeurs, conduit à résumer la situation de ces mineurs à leur incapacité en se focalisant sur la représentation légale et la réalisation des actes juridiques de la vie civile de l'enfant par son parent vulnérable. Ce raisonnement présente pourtant une difficulté, car il peut être valablement transposé dans les mêmes termes à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant⁴. En effet, comment expliquer que le mineur puisse valablement gouverner la personne de son enfant tout en demeurant gouverné par ses propres parents, sauf à accepter justement qu'il puisse disposer de plus de droits sur son enfant qu'il n'en dispose sur lui-même ? Pour répondre à cette problématique, il est important de décrire avant tout la situation juridique spécifique dans laquelle se trouve ces mineurs dont la vulnérabilité continue d'être présumée⁵, impliquant ainsi de les appréhender selon trois points de vue différents, le leur, celui de leurs parents et celui de leur enfant. Il s'agit de la première difficulté posée par ce sujet, d'où l'importance du travail de qualification juridique requis pour aborder une organisation familiale complexe, dans laquelle un même membre peut avoir un statut juridique différent selon la manière dont on l'appréhende. Par exemple, le

¹ Art. 388-1-1 C. civ.

² V. M. Planol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, LGDJ, 2^{ème} éd., 1952, par R. Savatier ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français : t. 1*, par A. Ponsard, Librairies techniques, 7^{ème} éd., 1964, § 99, texte et note 1 ; J.-F. Tallet, *Incapacité ou capacité du mineur*, Thèse Bordeaux, 1983, p. 375 ; A. M. Sohm-Bourgeois, « V^o Minorité, Majorité », in *Rép. civ.*, Dalloz, 1996, n° 35 ; Y. Buffelan-Lanore, « Art. 388 – Fasc. unique Minorité – Droits propres de l'enfant », in *J.-Cl. N.*, n° 45 ; D. Montoux, « Mineurs. Majeurs protégés », in *J.-Cl. N. formulaire*, n° 40 ; du même auteur, « Mineurs. Majeurs protégés », in *J.-Cl. N.*, fasc. n° 40, n° 40.

³ Sur l'exercice de l'autorité parentale par un parent-majeur protégé, v. A. Batteur, « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », in *Le patrimoine de la personne protégée*, J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), LexisNexis, 2015, pp. 333 et s.

⁴ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 770, n° 1273.

⁵ Contrairement aux parents majeurs protégés dont la vulnérabilité est démontrée.

mineur, au cœur de notre réflexion, est à la fois un parent à l'égard de son enfant tout en demeurant un enfant à l'égard de ses parents. Ce constat pose à nouveau la question de savoir si l'autorité parentale du parent-mineur peut être exercée par ses propres parents. Faute d'être représenté, le parent-mineur se heurterait en principe à une incapacité de jouissance, sauf à concevoir la fonction parentale comme une stricte représentation du mineur dans l'exercice de ses droits.

33. Cette vision de l'autorité parentale interroge et elle semble incomplète dans le sens où elle dissocie les enjeux de la minorité de ceux de l'enfance. Or, c'est de l'enfance que naissent les questions liées à l'immaturation du mineur et avec elle, celles relatives à l'expression de la volonté ainsi qu'à l'appréciation du discernement qui conditionne l'exercice des droits dont nous sommes titulaires. C'est l'immaturation physique et psychologique qui justifie d'attribuer à l'enfant des protecteurs, chargés de préserver ses intérêts et de le « protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »¹. La représentation ne permet pas à elle seule d'accomplir cet objectif, car il convient de permettre aux parents de substituer leur volonté à celle de leur enfant. Ils sont ainsi en capacité de prendre toutes les décisions qu'ils estiment nécessaires pour préserver ses intérêts. Contrairement à la représentation légale, l'autorité décisionnelle fait de l'autorité parentale un droit personnel des parents distinct des droits dont leur enfant est lui-même titulaire. L'importance accordée à la volonté des parents dans le cadre de l'autorité parentale ferait ainsi de l'accès des mineurs au statut de parent une décision parentale.

34. À l'inverse, si les droits qui permettent à un mineur d'accéder au statut de parent échappent à l'autorité parentale cela implique, sauf à le confronter à une incapacité de jouissance, que sa personnalité juridique puisse transparaître de sa protection, laissant présager d'une autonomie juridique gagnée sur les droits détenus par ses parents. La mise à l'écart de l'autorité parentale conduit à reconnaître à l'enfant mineur ce qui lui fait précisément défaut, à savoir un discernement suffisant et une capacité juridique nécessaires à l'exercice personnel d'un droit par son titulaire. Pourtant, si en tant que sujet de droit son incapacité n'est qu'une incapacité d'exercice et d'exception, « l'intérêt de l'enfant est souvent davantage préservé par l'incapacité qui le touche que par l'autonomie que l'on veut lui accorder »². L'autonomie acquise par les mineurs sur l'autorité parentale requiert également de pallier la vulnérabilité et la dépendance liée à leur jeune âge par d'autres moyens juridiques destinés à moduler ou pallier l'intervention de leurs parents selon le degré d'autonomie recherché. L'accès des mineurs au statut de parent, conduit à repenser l'autorité parentale et son exercice sous un angle nouveau en les confrontant à des questions relevant de la sphère de la plus stricte intimité des mineurs qu'elle protège.

¹ Art. 371-1 C. civ.

² J.-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD. civ.* 1997, p. 1.

35. L'attribution au mineur du statut de parent ne met pas fin à ces problématiques. Au contraire, ces difficultés se cristallisent à nouveau sur les questions liées à l'exercice de l'autorité parentale par un mineur qui en serait lui-même titulaire. Le lien de filiation ne confère pas qu'un statut social, il s'accompagne également d'un statut juridique autour duquel s'organiseront les relations intra-familiales. La mise en abyme qui caractérise l'organisation familiale du parent-mineur se retrouve également sur le plan juridique avec le maintien de sa protection, qui amène à la coexistence singulière de deux autorités parentales. Cette situation pose un certain nombre de difficultés lorsqu'il s'agit d'identifier la personne chargée d'exerce l'autorité parentale sur l'enfant du parent-mineur, ou celle qui sera amené à le prendre en charge. Considérer que cette fonction doit être attribuée non pas au parent-mineur mais à ses propres parents en raison de leur majorité civile, revient à accepter que l'autorité parentale puisse être exercée par représentation. Cette conception conduit à faire de l'âge du parent une condition de l'exercice de l'autorité parentale, qui serait ainsi dévolu de plein droit à l'autre parent sous réserve de sa majorité, ou à défaut transmis aux grands-parents. Cette dernière hypothèse conduit à une forme atténuée de la *patria potesta* romaine, selon laquelle la protection de l'enfant reviendrait au premier de ses ascendants *sui juris*, le temps que l'un de ses parents atteigne sa majorité. Cette thèse conduit à un cumul de droits et de responsabilités sur les grands-parents, tout en consacrant une organisation familiale où l'enfant ne serait pas élevé par son parent, mais avec lui, en privilégiant la notion de charge de l'enfant sur le lien de filiation. Or, cette vision implique que l'autorité parentale du parent-mineur puisse revenir à ses parents, soit dans le cadre de l'autorité parentale qu'ils exercent sur lui, soit le cas échéant parce qu'ils assument la charge effective de l'enfant de leur enfant. La situation du parent-mineur conduit à confronter deux visions juridiques de l'organisation familiale mais qui dans cette situation peuvent devenir concurrentes, car si le droit civil désigne le parent-mineur comme premier protecteur de son enfant, la seconde portée par le droit social permet d'accorder à ses propres parents une place importante dans cette organisation.

L'exercice de l'autorité parentale par un parent-mineur interroge également. La situation juridique de ce parent tend au paradoxe, car il peut être amené à gouverner la personne de son enfant et éventuellement à gérer son patrimoine, en dépit de sa protection qui repose sur une présomption d'imaturité ainsi qu'une incapacité juridique de portée générale. Dans ce cas, il serait amené à décider et à agir dans l'intérêt de son enfant, en dépit d'une aptitude décisionnelle et d'une capacité juridique personnelle limitées par les droits détenus par ses parents. Si la doctrine reconnaît de manière unanime la gouvernance de la personne de l'enfant aux parents-mineurs, elle demeure divisée concernant l'aspect patrimonial de droit. Dans le cas où l'enfant serait titulaire d'un patrimoine, suite par exemple au décès de son autre parent, le parent-mineur pourrait-il en exercer l'administration légale ? Dans l'affirmative, certains auteurs estiment que le parent-mineur détiendrait ainsi davantage de pouvoirs sur son enfant qu'il n'en détiendrait à titre personnel, ce qui les incitent à exclure cette éventualité et de justifier cette

position par parallèle avec celle du parent majeur protégé qui n'exerce pas l'administration légale¹. Ce positionnement doctrinal interroge, en effet cette distinction entre gouvernance de la personne et gestion des biens repose sur l'idée d'une représentation légale exclusivement liée à l'administration des biens. Or, l'autorité parentale sur la personne de l'enfant implique également la conclusion d'actes juridiques destinés à préserver ses intérêts extra-patrimoniaux. La question de l'exercice de l'autorité parentale par un parent-mineur conduit à questionner la place dévolue à la représentation légale dans le fonctionnement de l'autorité parentale, de l'éventuelle réponse apportée dépendra la capacité du parent-mineur à représenter ou non son enfant tant en matière patrimoniale, qu'extra-patrimoniale. Se pose également la question de la nature de cette représentation qui est parfois comparée à celle utilisée dans le cadre du mandant ou de celle utilisée afin de protéger les majeurs en tutelle. L'accès des mineurs au statut de parent et l'exercice de l'autorité parentale sur leur enfant requièrent d'étudier l'articulation de leurs droits reconnus dans ce cadre avec la protection à laquelle ils demeurent soumis en tant qu'enfant mineur, pour cela, il convient d'envisager les mécanismes juridiques permettant à un mineur d'accéder à la parenté (**Première partie : De mineur à parent-mineur**). Cette situation laisse présager le risque d'une superposition des fonctions parentales, favorisée en cela par la situation de dépendance du parent-mineur à ses propres parents dans laquelle il est maintenu. La coexistence du statut de mineur avec celui de parent peut générer des interférences entre sa protection et celle de son enfant. Le statut de parent ne permet pas à lui seul de garantir l'autonomie du mineur qui en bénéficie, car son éducation et son indépendance financière demeurent généralement inachevées, or, en tant que parent il sera tenu non seulement de répondre aux besoins primaires de son enfant mais également de veiller à la protection de sa santé et de son éducation. Ces questions conduisent à présenter les aménagements du statut de mineur comme celui de parent pour permettre à ces deux statuts de s'adapter aux besoins réels d'autonomie et de protection du parent-mineur comme de son enfant. Ces évolutions impliquent de prendre en considération l'aptitude et le discernement dont le parent-mineur fait preuve pour élever et protéger son enfant, pour éventuellement favoriser son autonomie sans que cela implique l'abandon de toute protection. L'aménagement et l'articulation de ces deux statuts selon les aptitudes du parent-mineur et les besoins de protection de son enfant pourraient dégager un troisième statut spécifique, car destiné à concilier la protection due à sa minorité avec l'autonomie requise par sa fonction parentale en tenant compte d'une organisation familiale atypique favorisant l'interdépendance de leurs protections respectives (**Seconde partie : L'interdépendance de la protection du parent-mineur et de son enfant**).

¹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, LGDJ, 2^{ème} éd., 1952, par R. Savatier ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français : t. 1*, par A. Ponsard, Librairies techniques, 7^{ème} éd., 1964, § 99, texte et note 1 ; J.-F. Tallet, *Incapacité ou capacité du mineur*, Thèse Bordeaux, 1983, p. 375 ; A. M. Sohm-Bourgeois, « V^o Minorité, Majorité », in *Rép. civ.*, Dalloz, 1996, n° 35 ; Y. Buffelan-Lanore, « Art. 388 – Fasc. unique Minorité – Droits propres de l'enfant », in *J.-Cl. N.*, n° 45 ; D. Montoux, « Mineurs. Majeurs protégés », in *J.-Cl. N. formulaire*, n°40 ; du même auteur, « Mineurs. Majeurs protégés », in *J.-Cl. N.*, fasc. n°40, n° 40.

PREMIÈRE PARTIE :

DE MINEUR À PARENT-MINEUR

36. Si « l'enfant est une énigme pour le juriste en quête de certitude »¹, l'existence des parents-mineurs vient bouleverser les quelques convictions que l'on pensait détenir à son sujet. Une majorité de pays tentent d'endiguer le phénomène par des mesures destinées à modifier le comportement des mineurs en âge de procréer², or, l'évolution de la fécondité des mineures connaît une courbe parallèle à celle de leurs aînées devenues majeures³. L'existence des parents-mineurs ne peut s'expliquer uniquement par des comportements individuels sans que ne soient appréhendés les mécanismes juridiques encadrant l'accès des mineurs au statut de parent, qui conduit au cumul de deux statuts juridiques qui semblent incompatibles sur une même personne. Pour répondre à ce paradoxe, il convient de comprendre comment un mineur peut accéder au statut de parent sans qu'il ne se heurte à l'autorité parentale de ses parents (**Titre I : L'accès des mineurs au statut de parent**). Une fois le lien de filiation établi, se pose également la question de l'exercice des droits nés de la filiation par un parent-mineur. La réunion de ces deux statuts sur une seule et même personne implique d'envisager leur coexistence qui conditionne la situation juridique des parents-mineurs via l'exercice de l'autorité parentale par une personne mineur (**Titre II : L'exercice de l'autorité parentale par un parent-mineur**).

¹ H. Hamaldi, « Le statut européen de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, L'Harmattan, revue Champs libres (n° 6), 2007, p. 161.

² UNFPA, *La mère-enfant, face aux défis de la grossesse adolescente*, rapport sur l'état de la population mondiale, 2013, Avant-propos, p. ii.

³ A. Daguerre, C. Nativel, *Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, *op. cit.*, p. 8.

TITRE I : L'ACCÈS DU MINEUR AU STATUT DE PARENT

37. Le statut de parent résulte de la filiation, l'établissement juridique du lien de filiation n'en étant qu'une étape. Cette parenté résulte d'une combinaison de droits dont l'exercice traduit la volonté d'une personne de concevoir et d'élever un enfant. Parmi ces droits figurent les droits sexuels et reproductifs encadrant la procréation sexuée ainsi que les droits rattachés à la filiation. L'exercice de ces différents droits parce qu'ils conduisent à créer ou non la famille, revêt une certaine gravité. Les effets juridiques patrimoniaux et extra patrimoniaux de ces droits dépassent la seule minorité de l'enfant et se poursuivent bien au-delà, en tant que composantes de l'identité des individus¹. Avant de devenir parents, les mineurs restent sous la protection juridique de leurs parents qui sont amenés à se substituer à leur volonté et à agir en leur nom. En tant que titulaires de l'autorité parentale, il est de leur devoir de préserver leur enfant des choix qu'ils estiment contraires à leur intérêt. Sont-ils pour autant en mesure de contraindre leur enfant à renoncer à son projet ou, au contraire, à le forcer à accepter une parenté qu'il n'aurait pas désirée ? Pour répondre à ces questions, il convient d'envisager l'exercice des droits sexuels et reproductifs par un mineur (**Chapitre I : L'exercice des droits sexuels et reproductifs par un mineur**), puis l'exercice de droits de filiation qui conditionnent l'attribution du statut de parent (**Chapitre II : L'exercice des droits de filiation par un mineur**).

¹ C. Labrusse-Riou, « Filiation : Généralité », in *Rep. civ.*, Dalloz, septembre 2009, (actualisé avril 2019), n° 2.

Chapitre I : L'exercice des droits sexuels et reproductifs par un mineur

38. « La maîtrise des naissances a certainement contribué à modifier en profondeur le lien parental. Devenir parents relève davantage d'un acte volontaire et représente également une responsabilité nouvelle. Dans la mesure où il est possible de ne pas avoir d'enfant quand on n'en veut pas, ceux qui deviennent parents doivent assumer les conséquences de leur choix. »¹. Pendant longtemps, l'accès au statut de parent tenait moins de la volonté des personnes que d'une fatalité, faute de moyens permettant d'éviter les grossesses non désirées. Le droit est, quant à lui, resté « indifférent à l'accord de la femme puisque ses capacités procréatives, en tant qu'éléments centraux de la sphère publique et de l'ordre moral, "de l'équilibre social et de la vitalité nationale"², ne sont pas dépendantes d'un choix personnel ou individuel »³. Par la reconnaissance progressive des droits et libertés propres aux femmes et aux enfants, il est devenu essentiel de délimiter leur frontière avec l'intérêt général, l'un ne pouvant totalement s'imposer à l'autre⁴. La législation a progressivement dégagé les contours d'une nouvelle catégorie juridique de droits subjectifs qualifiés de « sexuels et reproductifs »⁵. Ces droits ont pour objet de garantir la liberté dans le choix du moment, du nombre et de l'espacement des naissances⁶. La Cour européenne des droits de l'homme les intègre à la notion de vie privée⁷, car ils contribuent à l'autodétermination des personnes⁸. Si « la vie sexuelle fait incontestablement partie de la sphère

¹ G. de Taisne, « Devenir parents », *Études*, 9/2009 (Tome 411), *Revue de culture contemporaine* pp. 233-242 ; disponible : <https://www.cairn.info/revue-etudes-2009-9-page-233.htm>. [consulté le 1^{er} octobre 2019].

² B. Pavard, F. Rochefort, M. Zancarini-Fournel, *Les événements fondateurs – Les lois Veil, contraception 1974, IVG 1975*, éd. Armand Colin, 2012, p. 24.

³ L. Marguet, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, URL : <http://revdh.revues.org/731> ; DOI : 10.4000/revdh.731 ; jusqu'à organiser ce que certain qualifieront de « police des ventres », v. I. Marcela, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, éd. Fayard, coll. Histoire de la pensée, 2004.

⁴ Il s'agit de déterminer : « sous la coupe de quelle souveraineté, [la procréation] doit être placée : « la petite souveraineté » de l'individu sur son corps [paradigme du choix et de l'autonomie] ou la « grande souveraineté » de l'État dictant les frontières du licite et de l'illicite ? » ; S. Hennette-Vachez, « Politique et politisation du vivant », in *Bioéthique, biodroit, biopolitique - Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, S. Hennette-Vachez (dir.), LGDJ, 2006, p. 41.

⁵ V. Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH) de l'ONU, sur la santé et les droits sexuels et reproductifs : <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/WRGS/Pages/HealthRights.aspx> ; cette catégorie commence progressivement à être reconnue en tant que telle. Notamment au niveau national voir le rapport d'information réalisé par Mme. Jouanno, au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, sur « l'IVG et le délit d'entrave par voie numérique », du 1^{er} décembre 2016, n° 172, qui y fait expressément référence.

⁶ Conseil de l'Europe, *protéger la santé et les droits sexuels et reproductifs*, le carnet des droits de l'homme du commissaire, 21/06/2016, Strasbourg : <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/protect-women-s-sexual-and-reproductive-health-and-rights?inheritRedirect=true> [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁷ Arrêt CEDH gde ch., 10 avril. 2007, Evans c/ Royaume-Uni, n° 6339/05, p. 27, n° 72 : « La Grande Chambre souscrit au point de vue de la chambre selon lequel la notion de « vie privée », notion large qui englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (Pretty, arrêt précité, § 61), recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent. ». Les juridictions internationales n'ont jamais reconnu un droit à l'interruption volontaire de grossesse ; v. sur la notion de vie privée : CEDH, 16 décembre 1992, Niemetz c/ Allemagne, n° 13710/88 ; CEDH, 22 févr. 1994, Burghartz c/ Suisse, série A n° 280-B, p. 37, § 47, et CEDH, 31 janvier 1995, Friedl c/ Autriche, série A n° 305-B, avis de la Commission, p. 20, § 45 ; CEDH. 29 avril 2002, n° 2346/02, Pretty c/ Royaume-Uni, JCP G 2003, II, p. 10062, note C. Girault.

⁸ « La possibilité pour un individu de choisir librement sa conduite et ses opinions, hors de toute pression extérieure », v. « autodétermination » par l'Encyclopédie Universalis.

privée »¹, l'individu reste seul juge de son comportement et de ses conséquences. Les mineurs bénéficient de cette « autonomie procréative »², par l'exercice personnel des droits sexuels et reproductifs³ reconnus à toutes personnes, droits qui permettent d'accéder au statut de parent (**Section I**). La nature éminemment personnelle de ces droits justifie qu'ils échappent à l'exercice de l'autorité parentale⁴ (**Section II**).

¹ TGI Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 27 juillet 2004, *D.* 2004, Jur. p. 2392, note E. Agostini, et somm. p. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; confirmé par CA Bordeaux, 6^{ème} ch. civ., 19 avril 2005, *D.* 2005, *IR* p. 1113, et note E. Agostini.

² L. Marguet, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 4, p. 4.

³ ONU 1998 : « Les droits reproductifs peuvent être vus comme ces droits, possédés par toutes les personnes, leur permettant l'accès à tous les services de santé reproductive[...] Ils incluent aussi le droit à atteindre le niveau le plus haut possible de santé reproductive et sexuelle et le droit de prendre les décisions reproductives, en étant libre de toute discrimination, violence et coercition, comme il est exprimé dans les documents sur les droits humains[...] », cité par A. Gautier, *Genre et biopolitique - L'enjeu de la liberté*, éd. L'Harmattan, 2012 ; v. du même auteur, *Les droits reproductifs, une nouvelle génération de droit ?*, éd. Autrepard, 2000, p. 167. Ces droits ne sont pas directement reconnus au niveau national, mais indirectement au travers des législations consacrant l'autonomie et l'égalité entre les individus.

⁴ V. J.-J. Lemouland, *Droit de la famille, Couple et parenté*, éd. Ellipses, coll. Cours Magistral, 2014, spéc. pp. 62-63, n° 76.

Section 1 : L'autonomie par la marginalisation progressive de l'autorité parentale

39. De l'exercice des droits sexuels et reproductifs dépend l'accès aux divers moyens donnant la maîtrise des capacités procréatives, premier pas vers la parenté. Si dans le cas d'une personne majeure cette maîtrise trouve son origine dans sa seule volonté de devenir ou non parent, cette solution fait l'objet de nombreuses hésitations lorsqu'il s'agit d'un mineur. Par le lien direct entre le choix de la maternité et la santé du mineur, ces décisions figurent parmi les prérogatives attribuées aux titulaires de l'autorité parentale. Pendant longtemps, la maternité et indirectement la paternité relevaient de l'exercice des droits parentaux, au risque d'exposer les mineurs à des grossesses non désirées ainsi qu'à une parenté imposée. Lorsque la maternité n'est pas acceptée, elle est susceptible d'engendrer une situation de détresse. La volonté des mineurs a été replacée au centre du dispositif décisionnel, au détriment de l'autorité parentale, en raison du caractère personnel de l'exercice de ces droits, que ce soit en matière de contraception (§ 1) ou d'interruption de grossesse (§ 2). Le mineur devient le principal acteur de son projet parental, en tant qu'élément de la vie privé essentiel à l'autodétermination des personnes.

§ 1 : L'exercice personnel des droits relatifs à la contraception

40. « La contraception recouvre l'ensemble des moyens volontairement mis en œuvre pour éviter, de façon temporaire, que les rapports sexuels n'aboutissent à une fécondation. »¹. « Il ne faut pas confondre ni même juxtaposer contraception et avortement. [...] l'une empêche le train de partir, [...] l'autre le fait dérailler »². Il est possible d'envisager le rôle de la contraception à la fois comme un moyen d'éviter les grossesses non désirées, mais également de diminuer les recours à l'interruption volontaire de grossesse³. Deux régimes juridiques ont été élaborés afin d'organiser l'accès des mineurs selon la spécificité de la contraception choisie. Le premier concerne l'accès à la contraception dite « régulière », car elle s'inscrit dans le cadre d'une sexualité « normalisée » en l'absence de projet parental (A). La seconde est celle de l'« urgence » qui intervient dans le cadre d'un rapport non protégé et d'un risque de grossesse non désirée en dehors de tout projet parental (B).

¹ P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, p. 743, n° 1234.

² L. Neuwirth débat parlementaire sur la Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du Code de la Santé publique, lors de la première lecture, 2^{ème} séance du 1er juillet 1967.

³ La contraception par son action tend à diminuer fortement les recours des mineurs à l'IVG ; v. Commission IVG, rapport IVG état des lieux et perspective d'évolution du système d'information, juillet 2016, p. 7 ; les données mettent en avant la persistance de la difficulté d'accès en ce qui concerne les plus jeunes, notamment sans autorisation parentale.

A- La lutte contre les grossesses des mineures par la contraception régulière

41. La contraception régulière recouvre les différentes méthodes contraceptives permettant d'éviter de façon réversible la fécondation ou la nidification de l'œuf fécondé¹. Seuls trois de ces moyens parmi un vaste panel s'adressent spécifiquement aux hommes², tous les autres étant exclusivement destinés aux femmes. La contraception s'appliquant principalement au corps féminin³, favorise une déresponsabilisation du partenaire masculin face à l'éventualité d'une paternité qui pourra plus tard lui être imposée⁴. L'évolution de l'accès des mineurs en matière de contraception régulière, permet d'aborder les modalités d'exercice de ces droits contribuant à l'autodétermination. La question des grossesses subies et non préparées, dramatique pour un parent, se pose d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un mineur⁵. Donner le choix, c'est offrir la possibilité d'accueillir l'enfant dans la cellule familiale de manière consciente, en dehors de toute contrainte sociale ou matérielle, car « il faut effectivement préparer le berceau avant de réclamer l'enfant. »⁶. Dans un premier temps, les mineurs se sont vus reconnaître un droit de jouissance concernant la contraception régulière ainsi que son exercice dans certaines circonstances particulières (1). Face aux difficultés posées par cet exercice personnel restreint en raison de la place laissée à l'autorité parentale, la législation a fini par leur attribuer une véritable autonomie en leur accordant un exercice personnel de leurs droits (2).

¹ Ce qui exclut la stérilisation, car elle est interdite à l'égard du mineur depuis la loi du 4 juillet 2001 n° 2001-588, relative à l'interruption de grossesse et à la contraception, JO n° 0156 du 7 juillet 2001, p. 10823. Art. L. 2123-1 et L. 2123-2 CSP : « La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure ». Le médecin ne peut procéder à une telle opération même à la demande des titulaires de l'autorité parentale, de la personne elle-même ou de l'État.

² Le préservatif masculin : « Ces méthodes [barrière] ont une efficacité contraceptive moindre que celle de la contraception hormonale ou du DIU. Elles nécessitent que les deux partenaires soient motivés, aient bien compris leur utilisation après un apprentissage spécifique ; elles doivent être utilisées lors de tous les rapports sexuels, quelle que soit la date du cycle. Le risque d'échec est plus élevé chez les jeunes. Compte tenu du taux d'échec élevé, l'éventualité d'une grossesse non prévue doit être envisagée et discutée avec les adolescents », HAS fiche mémo « contraception chez l'adolescente » juillet 2013, mise à jour juillet 2015. La vasectomie (interdite depuis 2001 à l'égard des mineurs, car cela conduit à une stérilisation irréversible) et le retrait (méthode naturelle dont l'efficacité est plus que limitée : « Chez les couples qui choisissent cette méthode, compte tenu de son taux élevé d'échec, l'éventualité d'une grossesse non prévue doit être acceptable, sinon préférer une autre méthode. », HAS fiche mémo « contraception chez l'homme » avril 2013, « Méthodes peu adaptées aux adolescentes en raison de l'irrégularité de leur cycle, de leur indice de fertilité élevé et du risque d'échec élevé de ces méthodes », HAS fiche mémo « Contraception chez l'adolescente » *op. cit.*

³ « Certains exaltent, d'ailleurs avec raison, la nécessaire maîtrise de soi de l'homme ; mais il est hélas ! bien établi que, lorsque cette maîtrise est défaillante – à supposer que chacun en fasse preuve – c'est la femme qui, seule, en supporte les conséquences, depuis la grossesse jusqu'à l'adolescence de l'enfant, en admettant que tout cela ne se termine pas par l'avortement. » : L. Neuwirth, débat parlementaire, 2^{ème} séance du 1er juillet 1967, p. 14.

⁴ Ce phénomène trouve un écho en matière d'éducation sexuelle où la cible privilégiée reste encore les femmes, bien qu'il y ait une prise de conscience sur la nécessité d'impliquer aussi les hommes ; v. *infra* n° 97 s.

⁵ M. D. Benoist, la « loi doit aussi se préoccuper du sort d'une catégorie de femmes qui pose pour la société un problème extrêmement grave auquel il faut songer ; je veux parler des filles mères. Les drames que nous rencontrons chez les couples n'épargnent pas la fille mineure non émancipée », débat parlementaire sur la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, p. 154.

⁶ L'idée défendue ici par le docteur Morucci était l'inefficacité d'une politique de répression à visée nataliste comme l'a été la loi de 1920, seule une politique d'accompagnement du parent dans son désir d'accueillir l'enfant permettant de véritablement relancer la natalité d'un pays.

1. De la reconnaissance d'un droit à la contraception à la mise en place d'une autonomie limitée

42. Le premier pas en matière de contraception à destination des mineurs a été réalisé par la loi du 28 décembre 1967¹. Cette loi est venue rompre avec la législation du 31 juillet 1920 « réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle » en reconnaissant un droit de jouissance sur la contraception, droit qui était jusqu'ici dénié à toute personne quel que soit son âge. Ce refus d'ouvrir la contraception régulière s'explique par le contexte historique dans lequel se trouvait le pays. En 1921, la France sortait exsangue du premier conflit mondial, suite à la perte de 1 325 000 hommes en âge de procréer, la population avait été réduite à 37 500 000², avec également une nette baisse des mariages et du nombre de naissances durant la guerre. La France dut faire face à une grave chute de la natalité durant l'entre-deux-guerres. La loi de 1920 fût, selon les propos de M. Neuwirth, « indubitablement une loi de circonstance faite pour compenser la terrible hémorragie causée par la première guerre mondiale. »³ avec pour objectif de relancer une natalité en berne. Cette législation, par une approche exclusivement répressive, interdisait toute information sur la sexualité, la régulation des naissances et prohibait toute publicité sur la contraception artificielle. Elle créait par ailleurs un lien discutable entre contraception et l'interruption de grossesse, présentant la première comme le complément naturel de la seconde. Malgré sa volonté nataliste, cette loi a échoué à relancer la natalité française⁴.

43. La loi Neuwirth de 1967 a dépénalisé le recours à la contraception. La volonté affichée était de redonner le choix en matière de procréation, pour que la conception devienne un acte réfléchi en toute circonstance, avec l'idée d'une véritable autonomie des individus en matière de parenté⁵. La question au cœur des débats était de permettre aux personnes de choisir le moment le plus opportun pour devenir parents et d'être en mesure d'élever correctement leurs enfants. La discussion parlementaire s'est concentrée essentiellement sur le couple qui, pour la première fois, se voit reconnaître le pouvoir de choisir le moment de la venue de l'enfant dans son foyer en fonction de sa situation sociale. Pour étendre l'effectivité de ce choix à tous les couples, la législation devait prendre en considération la

¹ Loi du 28 décembre 1967, n° 67-1176, relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 CSP, JO 29 décembre 1967, p. 1261.

² Chiffre évoqué lors du débat parlementaire du 1er juillet 1967 *op. cit.* ; à titre de comparaison en 2016 la France compte un peu plus du double soit 66 627 602 au premier janvier 2016 selon le bilan de l'INSEE paru le 19 janvier 2016.

³ L. Neuwirth débat parlementaire, 2^{ème} séance du 1er juillet 1967, pp. 10-11.

⁴ Comme le soulignait déjà le docteur Morucci lors des débats le 23 juillet 1920 à propos de la loi du 31 juillet 1920 « Ce n'est donc point avec des arrêts de justice ou de la verbosité qu'on fait croître une race. Si l'on veut des nourrissons, il faut que la femme n'envisage pas la grossesse comme une catastrophe et que l'État prépare le berceau avant de réclamer l'enfant. », autrement dit les lois répressives n'ont que peu d'influence sur la natalité, seul la mise en place d'une politique permettant aux parents d'accueillir et d'élever leur enfant dans des conditions acceptables permet un véritable sursaut de la natalité.

⁵ Loi du 5 juillet 1974, n° 74-631, fixant à l'âge de dix-huit ans l'âge de la majorité, JO 7 juillet 1974, p. 7099 ; G. Couchez, « La fixation à dix-huit ans l'âge de la majorité », *JCP G* 1975, I, p. 2684 ; J. Massip, « L'abaissement de l'âge de la majorité civile et ses conséquences », *Defrénois* 1974, art. 30744, p. 1121, n° 20 ; E. Poisson, « L'abaissement de l'âge de la majorité », *D.* 1976, chron. p. 21.

situation des « filles-mères »¹. Dès cette époque, le législateur soulignait qu'il n'était plus souhaitable « que des femmes se trouvent enceintes d'une manière trop rapprochée, ce qui met leur santé en danger, que des jeunes filles, souvent des enfants, soient obligées d'avoir un enfant alors qu'elles n'ont pas les moyens de l'élever, qu'une mère de cinq ou six enfants se voit contrainte d'en avoir encore d'autres »². L'idée de donner accès à toutes personnes quel que soit son âge, aux moyens de contraception pour une maternité désirée s'est progressivement imposée par l'instauration d'un droit de jouissance susceptible de leur permettre d'accéder à une contraception régulière.

44. Deux questions méritaient d'être éclaircies. La première concernait la consécration de ce droit de jouissance aux mineurs, la seconde portait sur les modalités de son exercice et plus particulièrement sur la place occupée par parents. Si le droit de jouissance a été largement plébiscité par les parlementaires, deux conceptions se sont affrontées sur la question de l'exercice. Une première vision qualifiée de libérale, prévoyait que les mineurs bénéficiaient d'un accès autonome à la contraception. Cette autonomie était encadrée pour les personnes de moins de dix-huit ans³ qui souhaitaient obtenir des contraceptifs chimiques et hormonaux ou intra-utérins inscrits au tableau spécial. Elles étaient dans l'obligation de fournir un certificat médical accompagné, sauf nécessité thérapeutique, du consentement écrit d'un de leurs parents. Les autres moyens en vente libre devaient être accessibles aux mineurs sans condition. La seconde vision, plus restrictive, visait à encadrer la délivrance des contraceptifs à la double exigence d'un certificat médical et d'un consentement du titulaire de la puissance paternelle jusqu'à la majorité, fixée à cette époque à vingt et un ans. Cette hésitation à reconnaître un exercice personnel aux mineurs en matière de procréation trouve son origine dans la crainte d'un relâchement des mœurs, en atténuant : « la peur de la grossesse qui maintenait bon gré mal gré certaines jeunes filles dans la voie de la vertu ayant disparu, celles-ci se laissent aller à des expériences répréhensibles [avec le risque] que le mariage ne devienne qu'une expérience après d'autres expériences. »⁴.

45. Ces débats ont abouti sur une solution de compromis. La loi Neuwirth, dans l'alinéa 5 de son article 3, énonçait que : « la vente ou la fourniture des contraceptifs aux mineurs de dix-huit ans non émancipés et des contraceptifs inscrits au tableau spécial aux mineurs de vingt-et-un ans non émancipés

¹ « La loi doit aussi se préoccuper du sort d'une catégorie de femmes qui pose pour la société un problème extrêmement grave auquel il faut ; je veux parler des filles mères. Les drames que nous rencontrons chez les couples n'épargnent pas la fille mineure non émancipée. Mes chers collègues, vous connaissez tous la situation douloureuse que crée dans les familles de tous les milieux sociaux, l'apparition d'une grossesse chez une jeune fille. Vous savez aussi qu'elle est alors la solution envisagée : ou bien l'enfant sera abandonné à l'assistance publique ; ou bien, aux yeux d'une opinion mal informée, la femme supportera une tare pendant toute sa vie ; ou bien encore, ce sera l'avortement clandestin, condamné par la loi, avec toutes ses conséquences pour la victime comme pour celle qui en sera à tout jamais marquée. » : M. Daniel Benoist, débat parlementaire sur la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, p. 154.

² M. Michel Dreyfus-Schmidt, débat parlementaire, 2^{ème} séance du 1^{er} juillet 1967, p. 93.

³ La majorité de l'époque était encore de vingt et un ans. Il faudra attendre la loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 pour que la majorité civile soit descendue à dix-huit ans.

⁴ L. Neuwirth débat parlementaire sur la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, p. 15.

ne peut être effectuée que sur ordonnance médicale constatant le consentement écrit de l'un des parents ou du représentant légal ». La jouissance du droit à la contraception était reconnue à toute personne, mais son exercice par une mineure était soumis à certaines conditions en fonction de son âge ou du type de contraception choisie. Les moins de dix-huit ans bénéficiaient d'un accès limité par la production d'une prescription médicale accompagnée de l'accord écrit d'un parent. En dépit des arguments avancés lors des débats sur la nécessité d'ouvrir largement l'exercice de ce droit par l'accès au médecin pour tous les mineurs¹, la loi opte pour un accès contrôlé nécessitant l'accord d'un des titulaires de la puissance paternelle². Le mineur était dans l'obligation de l'informer de sa volonté de recourir à un moyen de contraception régulier, et ce, en dépit de la crainte « révérencielle »³ qu'inspirait son parent. Concernant les mineurs de dix-huit à vingt-et-un ans, l'exercice autonome de ce droit n'était reconnu qu'à condition que les moyens de contraception envisagés soient en vente libre (procédés mécaniques ou obturateurs). Si le contraceptif souhaité figurait dans le « tableau spécial »⁴, sa délivrance était soumise aux mêmes exigences que celles posées pour les moins de dix-huit ans, par la fourniture d'une prescription médicale accompagnée de l'accord écrit d'un de ses parents. Pour résumer, la contraception, bien qu'ouverte aux mineurs, était soumise à une autorisation parentale, synonyme d'un droit de veto. Notons que ces dispositions marquent le souhait de faciliter l'obtention du consentement parental, car il n'était pas demandé l'autorisation de la personne exerçant la puissance paternelle, le père, mais seulement de l'un des parents, et ce, avant même que la loi du 4 juin 1970⁵ ne fasse disparaître la puissance paternelle et consacre l'autorité parentale. Ce choix laissé aux mineurs leur permettait d'informer le parent le plus enclin à accéder à leur demande. En pratique, cette exigence les confrontait à une véritable difficulté, car elle impliquait la révélation implicite d'une sexualité active.

¹ *Ibid.*, p. 208, M. Michel Dreyfus-Schmidt : « Certes, il peut être choquant de voir une jeune fille se rendre seule chez un médecin pour lui demander la prescription de pilules contraceptives. Mais il est bien plus choquant encore de voir une enfant de seize ans se présenter dans un cabinet d'avocats pour expliquer – ce qui arrive tous les jours – qu'elle a un bébé de deux mois que le père, de dix-sept ans, ne veut pas reconnaître. Je vous demande de réfléchir à ce problème. C'est cette jeune fille qui aurait eu le plus besoin de protection. Si elle ose se rendre chez un médecin, mais n'ose pas demander à ses parents la permission d'utiliser de contraceptifs, nous ne devons pas lui fermer la porte de ce médecin. »

² L'intérêt de se référer à la titularité et non à l'exercice de la puissance paternelle était de permettre au mineur de solliciter la mère à défaut du père qui était par principe seul amené à l'exercer.

³ La crainte révérencielle est le qualificatif utilisé en droit des contrats faisant référence à l'obéissance de l'enfant à son parent, qui acceptant de contracter de peur de décevoir ce dernier. Si cette crainte était insuffisante pour obtenir la nullité d'un contrat (anc. art. 1114 C. civ., disparu avec la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016), celle-ci s'avère suffisante à l'égard du mariage contracté sous la pression des parents (art. 180 al. 1^{er} C. civ.).

⁴ Ce tableau regroupe les contraceptifs chimiques et hormonaux (dont la pilule), ainsi que les dispositifs intra-utérins considérés comme plus efficaces, mais dont l'absence de nocivité n'avait pas encore été définitivement établie à l'époque du texte.

⁵ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO*, 5 juin 1970, p. 5227 ; C. Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971, chron. p. 1 ; M. Gobet, « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP* 1971, I, p. 2421 ; F. Terré, « À propos de l'autorité parentale », *Archive philosophique du droit*, t. 20, 1975, pp. 45 s. ; J. Carbonnier, « L'autorité parentale », *Essais sur les lois*, 1979, pp. 67 s.

Cette démarche a constitué un obstacle insurmontable pour bon nombre de mineurs¹. Cette problématique a perduré avec l'autorité parentale. Contrairement à la puissance qui pouvait se dispenser de toute communication entre le parent et son enfant, car marquée par la domination du protecteur sur son protégé, l'autorité est par nature basée sur une confiance mutuelle qui implique le dialogue et « exige surtout le consentement libre des sujets qui obéissent non sous la crainte, mais plutôt par respect. Elle est donc indissociable de l'estime que l'on porte à celui qui s'en réclame »². Sans dialogue³, l'autorité ne peut être exercée, car ses titulaires ne sont pas informés de la nécessité de leur intervention et le mineur se prive d'une contraception efficace. Cette situation créait une incapacité de jouissance factuelle, chaque fois que le silence l'emportait sur l'information des parents.

2. *La reconnaissance d'un accès autonome des mineurs à la contraception régulière*

46. La loi Neuwirth a été modifiée une première fois le 4 décembre 1974⁴ pour que les mineurs puissent obtenir gratuitement un moyen de contraception adapté au près d'un centre de planification ou d'éducation familiale, sans avoir à obtenir au préalable l'accord écrit d'un parent⁵. Pour la première fois, le droit reconnaît aux mineurs l'exercice du droit personnel en instaurant un secret médical opposable y compris aux titulaires de l'autorité parentale. Ce secret permet d'accorder indirectement l'autonomie nécessaire aux mineurs qui déterminent eux-mêmes leurs besoins en matière de contraception régulière. L'exercice de ce droit devient un élément relevant de la sphère de l'intimité la plus stricte, d'où le fait qu'une mise à l'écart de l'autorité puisse être envisagée. Les conditions d'exercice de ce secret ne seront pas définies par le législateur, seule sa mise en œuvre sera envisagée, par la gratuité de sa délivrance et l'absence d'information⁶ des père et mère, sans restriction d'âge. En dehors de ces centres, le consentement des parents restait la règle pour les mineurs jusqu'à leurs vingt-et-un ans.

¹ Dans son rapport n° 49 réalisé par L. Neuwirth au nom de la Commission des Affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relative à la contraception d'urgence et déposée le 25 octobre 2000, il est constaté que : « Pour les adolescents sexuellement actifs, on peut souligner les éléments suivants [...] seuls 16 % de garçons et 26 % des filles ont informé leurs parents de leur entrée en sexualité active. Pour 90 % d'entre eux, les parents ont « bien réagi », d'une manière générale, la sexualité n'est pas un sujet de dialogue avec les parents ». Ces données proviennent du rapport du Conseil national du sida sur « L'accès confidentiel des mineurs adolescents aux soins », 6 mars 2000. Ces informations ayant déjà été constatées lors d'une étude effectuée par SIDA INFO SERVICE, « Les 15-24 ans face au sida et à la sexualité » et réalisée à partir des appels reçus à S.I.S. et d'un sondage SOFRES sur un échantillon de 500 personnes, publiée le 1er décembre 1999.

² *La philosophie de A à Z*, E. Clément, C. Dominique, L. Hansen-Løve, P. Kahan, Hatier Paris avril 2000, v. « autorité » ; H. Arendt, « Qu'est-ce que l'autorité », in *La crise de la culture*, H. Arendt, Galimard, 1972.

³ Ex. : *Dictionnaire de l'adolescence et de la jeunesse*, D. Lebreton et D. Marcelli (dir.), éd. PUF, 1^{ère} éd., octobre 2010, v. « Famille et Adolescence » : « [...] L'adolescence d'un sujet modifie ses relations personnelles à son milieu familial puisqu'il passe d'une grande dépendance à sa famille, pendant l'enfance, à une indépendance plus ou moins achevée par rapport à sa famille d'origine, à l'âge adulte. L'adolescence d'un enfant amène les parents à devoir modifier leur manière d'être parent [...]. L'adolescence [...] est un événement significatif du cycle de vie familiale, impliquant des changements systémiques au sein de la famille, souvent à travers une ou plusieurs crises. ».

⁴ Loi du 4 décembre 1974, n° 74-1026, portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances., JO 05 décembre 1974, p. 2123.

⁵ Art. 2 de la loi du 4 décembre 1974 n° 74-1026 venant en remplacement du 2^{ème} alinéa de l'art. 4 de la loi du 28 décembre 1967 n° 67-1176. Ces centres étaient encore très rares notamment en milieux ruraux et leur existence souvent inconnue des enfants.

⁶ Faute d'information le parent ne peut être en mesure de décider et exercer son autorité parentale. Ce qui reconnaît indirectement à un mineur l'autonomie nécessaire pour exercer personnellement son droit à la contraception régulière.

47. La loi du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité a indirectement modifié ces règles. L'âge de la nouvelle majorité civile étant abaissé à dix-huit ans, les mineurs de vingt et un ans ont été automatiquement dispensés de l'autorisation parentale. Leur majorité acquise, les personnes de plus de dix-huit ans bénéficient de l'exercice de leurs droits et ne sont désormais plus soumis à la protection de leurs parents. Cette modification n'a entraîné aucun changement concernant les mineures de moins de dix-huit ans, pour lesquelles la situation restait pourtant préoccupante. Un premier signal d'alarme avait été lancé en décembre 1998 avec le rapport du docteur Uzan¹, conforté un an plus tard par celui du docteur Nizand². Ce premier état des lieux mettait en avant le recours élevé des mineures à l'interruption volontaire de grossesse en raison du manque ou de l'échec de leur contraception. Ces rapports révélaient « que peu d'adolescentes ont une contraception efficace. »³ Faute d'un véritable exercice personnel de leur droit, les mineures étaient fortement exposées à un risque de grossesse non désirée, qui les poussait soit à accepter leur sort malgré leur impréparation (juridique et/ou financière), soit à l'interrompre⁴.

48. Tenant compte de ces observations, le législateur a souhaité modifier les conditions d'accès à la contraception régulière, en instaurant un exercice personnel de ce droit par la suppression de l'autorisation parentale. Un projet de loi a été déposé au Parlement le 4 octobre 2000⁵. Compte tenu du nombre important de recours à l'interruption volontaire de grossesse, le législateur a dans un premier temps abandonné l'obligation du certificat médical pour les contraceptifs (notamment hormonaux) qui ne comportent aucun risque pour la santé. En raison du taux élevé de fertilité des jeunes filles qui les expose au risque de grossesse non désirée, une disposition a été introduite pour consacrer le droit des mineurs à accéder à la contraception sans l'autorisation de leurs parents⁶, par l'exercice d'un droit au

¹ M. Uzan (dir.), rapport sur *La prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes*, publié par le secrétariat d'État à la Santé, Décembre 1998 ; le rapport prend en considération l'activité d'un établissement de gynécologie-obstétrique appartenant à l'Assistance publique des Hôpitaux de Paris et qui dispose d'un centre de protection maternelle ainsi que d'un planning familial. Le rapport analyse les données concernant les grossesses des mineures âgées de douze à dix-huit ans (en prenant en compte l'âge de la minorité en début de grossesse). Le rapport met en avant qu'« il s'agit d'une frange de population qui pose des problèmes sociaux, médicaux et juridiques bien spécifiques ».

² I. Nizand (dir.), *L'IVG en France : propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les femmes*, pour le ministère de l'Emploi et de la Solidarité, février 1999, La doc. fr.

³ M. Uzan (dir.), Rapport sur *La prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes*, *op. cit.* p. 7 ; sur un échantillon de 72 adolescentes, 52 n'utilisaient aucune contraception pendant les trois mois ayant précédé l'interruption ; soit 71 %.

⁴ Ce constat est confirmé en 2001 par le rapport (n° 49) remis au Sénat par L. Neuwirth le 25 octobre 2000, spéc. p. 13 : « 30 % des IVG concernent les moins de 25 ans ; 10 % concernent les moins de 20 ans : 6.000 IVG chez les moins de 18 ans, 10.000 chez les 18-20 ans ; entre 1985 et 1995 et notamment entre 1993 et 1995, le nombre d'IVG chez les mineures oscille entre 5.700 et 6.400 IVG par an ; la proportion des mineures enceintes recourant à l'IVG augmente fortement : elle était de 59,7 % en 1985, de 64 % en 1990 et de 71,8 % en 1995 ; les adolescentes sont trois fois plus nombreuses que les adultes à n'utiliser aucune contraception (c'est le cas de 10 % d'entre elles environ) et elles sont nettement plus nombreuses à faire état d'un échec du préservatif pour expliquer leur grossesse. » ; v. aussi : Les IVG en 1998, in *Etudes et résultats*, DREES, ministère de l'Emploi et de la Solidarité, n° 69, juin 2000.

⁵ Projet de loi, n° 2605, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception du 4 octobre 2000. Ce projet débute par le constat selon lequel « Près de 10 000 adolescentes sont confrontées à une grossesse non désirée dont 7000 ont recours à une IVG. 5000 femmes partent dans les pays voisins parce qu'elles sont déterminées à interrompre leur grossesse mais qu'elles sont au-delà du délai légal autorisé pour recourir à une IVG. En termes de santé publique, ces chiffres sont alarmants. Ils ne peuvent qu'inciter à réagir. Ils ont conduit le Gouvernement à diligenter des travaux plus approfondis sur les difficultés d'accès à l'IVG en France et les insuffisances de la contraception ». Notons que la loi refait le lien entre contraception et IVG ; lien qui avait été refusé par L. Neuwirth et qui fera l'objet de critique dans son rapport n° 49 remis au Sénat le 25 octobre 2000.

⁶ Art. L. 5134-1 al. 1 CSP.

secret médical opposable aux titulaires de l'autorité parentale¹. L'intervention des parents ou, le cas échéant, du représentant légal, ne conditionne plus la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures devenues autonomes dans l'exercice de leurs droits en raison de leur caractère personnel, car liés à la part la plus intime de la vie privée. Cette référence à la prescription, la délivrance ou l'administration n'a rien d'anodin, étant donné la volonté de la loi d'ouvrir le plus largement possible cet accès. En ouvrant cette autonomie à tous les stades conditionnant l'accès effectif à la contraception, elle permet également la sécurisation juridique des différentes professions médicales amenées à intervenir (médecins, pharmaciens, sages-femmes, planning familial...).

49. Ce n'est qu'avec la loi du 4 juillet 2001, que les mineurs se sont vus accorder une autonomie en matière de contraception qui n'était, jusqu'à présent, qu'une pratique *contra legem* adoptée par certains médecins libéraux². Bien que tous les projets et rapports fassent référence au secret médical, celui-ci n'a pas été repris dans la loi qui préfère reconnaître un accès autonome reposant sur la seule volonté exprimée par la mineure. Le lien avec la vie privée est atténué au profit du caractère éminemment personnel de ce droit. La mineure est libre de décider seule de sa maternité, en dehors de toute pression parentale. La contraception régulière est donc l'une des exceptions à l'autorité exercée par les parents sur la personne et la santé de leurs enfants³. La reconnaissance de l'autonomie des mineures en matière de contraception régulière fait écho à la position adoptée un an plus tôt sur la contraception d'urgence, pour laquelle l'exercice autonome avait été consacré.

B- L'exercice personnel du droit à une contraception d'urgence

50. La contraception d'urgence par l'utilisation d'un médicament ou d'un dispositif permet d'éviter une grossesse suite à un rapport sexuel non ou mal protégé, voire dans certains cas, non consenti. Elle n'a pas vocation à la récurrence. Ce dispositif contraceptif aussi appelé « pilule du lendemain » empêche l'ovulation ou la nidification de l'œuf⁴, mais n'est pas un dispositif d'avortement, car il n'y a pas eu nidification de l'ovule fécondé. L'efficacité de cette contraception est directement liée à la durée écoulée

¹ *Ibid.* al. 3.

² « Il est fait le constat selon lequel un fossé s'était creusé entre le régime légal et la pratique en matière de contraception des mineurs. Malgré la nécessité d'un consentement parental, beaucoup de médecins libéraux à l'époque prescrivaient des contraceptifs à des mineures, sans savoir si les parents étaient ou non informés de leur état. En outre, leur responsabilité pouvait être éventuellement engagée car ils n'avaient pas sollicité le consentement préalable des parents. Le rapport va bien plus loin car il souligne que « Ce problème dépasse la prescription des contraceptifs et concerne, en fait, tous les actes médicaux que les médecins peuvent être amenés à effectuer sans le consentement des parents à la demande d'un adolescent. » : Observation faite par Mme. Bousquet dans le rapport de H. Mignon, sur la proposition de loi (n° 2567) relative à la contraception d'urgence, n° 2588 du 20 septembre 2000, spé. point intitulé : « l'inadaptation de la loi ».

³ C. Quennesson, *Mineur et Secret*, thèse dactyl., Bordeaux, 2017, n°s 524 s. ; du même auteur, « Les décisions relatives à la santé de l'enfant », in *Dossier Santé et protection de l'enfant*, *AJ. fam.* 2015.275 ; C. Rey-Salmon, « Secret médical et personne vulnérable : le cas du mineur », *D.* 2009.2651 ; F. Rogue, « La grossesse des adolescentes : aspects juridiques », *Soins Pédiatrie/Puériculture* 2016, vol. 37, n° 291, p.19 ; P. Mistretta, « Actes médicaux et droits de l'enfant : réflexions sur l'autonomie du mineur », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinckx*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 112 ; F. Kernaleguen, « Adolescent et acte médical en droit français : l'effacement de l'autorité parentale ? », in *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, B. Feuillet-Liger et R. Ida (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société, 2011, p. 14.

⁴ CE, 30 juin 2000, n° 216130, *pub. Lebon* ; repris dans le rapport n° 49 remis au Sénat par L. Neuwirth le 25 octobre 2000, *op. cit.*

entre la relation non protégée et son absorption¹. L'impératif de célérité dans la décision de recourir à une contraception conduit le législateur à consacrer l'exercice personnel du droit à la contraception d'urgence aux mineures (1). L'objectif est de leur permettre de choisir leur maternité en évitant les risques d'ingérence de l'autorité parentale (2). L'exercice personnel du droit à la contraception d'urgence constituait le premier pas pour permettre aux mineurs de réaliser leur projet parental.

1. L'accès des mineures à la contraception d'urgence

51. Jusqu'à la loi du 13 décembre 2000², le traitement juridique réservé à la contraception d'urgence ne différait en rien de la contraception régulière instauré par la loi Neuwirth. Les mineures devaient obtenir le consentement d'un de leurs parents ainsi qu'une prescription médicale, en raison de la dangerosité réelle ou supposée de ces produits pour la santé des personnes. Comme pour la contraception régulière, la contraception d'urgence bénéficiait d'une dérogation prévue par la loi du 5 juillet 1974³ envisageant une délivrance gratuite, couverte par le secret des centres de planning familial aux mineures qui en font la démarche. Cette législation est apparue inadaptée au vu de l'objectif recherché, à savoir, « passer de la maternité accidentelle et due souvent au seul hasard, à une maternité consciente et pleinement responsable. [...] En offrant à chacun la possibilité d'avoir des enfants quand il le désire, mais aussi la certitude de pouvoir les élever dignement. »⁴. Comme le souligne un rapport rendu le 20 septembre 2000⁵, les centres de planning familial demeuraient peu connus et souvent trop médicalisés pour atteindre cet objectif, d'autant que la pratique avait élaboré un système organisant l'autonomie des mineurs en leur donnant un accès personnel aux soins par le biais du secret médical en dehors de tout cadre juridique. Cette dissonance entre le droit et son application s'explique par les restrictions apportées à l'accès des mineures en matière de contraception d'urgence qui conduisaient à interdire son recours en raison de la lenteur qu'elles imposaient aux praticiens. L'efficacité de ce traitement étant directement liée à la rapidité de sa mise en œuvre, la prescription comme l'accord des parents pouvaient être difficiles à obtenir pour la mineure. Un premier arrêté du 27 mai 1999⁶ a supprimé l'obligation de prescription médicale à laquelle le contraceptif d'urgence (Norlevo)

¹ Cette contraception d'urgence est active au cours des 72 heures qui suivent le rapport non protégé, mais efficace à 99 % si elle est prise dans les 24 premières heures.

² Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000, relative à la contraception d'urgence, *JO* 14 décembre 2000, p. 19830, texte n° 3.

³ Loi n° 74-1026, du 4 décembre 1974, portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, *JO* 5 décembre 1974, p. 12123.

⁴ L. Neuwirth débat parlementaire sur la Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, p 13.

⁵ Mme. Bousquet, in rapport n° 2588, relatif à la contraception d'urgence, *op. cit.*

⁶ La position du Gouvernement se fondait sur la directive du Conseil n° 92/26/CEE du 31 mars 1992 concernant la classification en matière de délivrance des médicaments à usage humain. Seuls les médicaments présentant un risque direct ou indirect pour la santé des personnes sont soumis à l'obligation d'une prescription médicale obligatoire. Voir sur ce point la réponse du Garde des Sceaux de l'époque à la Question écrite, n° 21400, du 23 décembre 1999, *JO*, questions écrites, *Sénat*, p. 4202 : réponse *JO* questions écrites Sénat du 2 mars 2000, p. 792.

était soumis¹. Ce texte autorisait la vente libre du médicament abortif en pharmacie. L'objectif était de permettre aux femmes d'accéder à la contraception d'urgence le plus tôt possible en cas de rapport non protégé². L'arrêté du 27 mai 1999 choisissait donc d'ignorer une obligation légale instaurée par la loi Neuwirth. Sur ce fondement, une circulaire du 6 janvier 2000³ autorisait, à titre exceptionnel, les infirmières scolaires à délivrer ce médicament aux mineures en cas d'urgence et de détresse. Elle donnait aux mineures l'exercice personnel de ce droit en effaçant non seulement la prescription, mais aussi l'autorisation parentale contrairement aux dispositions légales. La ministre de l'époque avait constaté que le temps requis pour que la mineure obtienne un rendez-vous et qu'elle accepte d'exposer sa situation à l'un de ses parents, le délai d'efficacité des 72 heures impératif à la contraception était généralement écoulé, ne lui laissant d'autre choix que de poursuivre ou d'interrompre sa grossesse. Les obstacles légaux étaient tels que l'accès des mineures à la contraception d'urgence était limité en raison d'une incapacité de jouissance purement factuelle.

52. La législation Neuwirth s'est révélée insuffisante dans ses alternatives à l'interruption de grossesse⁴. Face au nombre de maternités et au recours important des mineures à l'interruption volontaire de grossesse, démontrés par le rapport Uzan⁵, seul l'exercice personnel du droit à la contraception d'urgence était susceptible de diminuer l'exposition des mineures au risque de grossesses non désirées, à la parenté contrainte, comme aux interruptions de grossesse. L'exécutif a prévu que cette protection se fasse au plus près de cette population en autorisant les infirmières scolaires à délivrer aux élèves majeures comme mineures, le contraceptif d'urgence, sans prescription médicale ni information préalable des parents. L'autorité parentale se heurte au secret médical qui favorise l'autodétermination des mineures confrontées à la maternité. La circulaire qui organisait les modalités de ce secret⁶ prévoyait que l'infirmière devait au préalable engager un dialogue avec l'élève pour la

¹ La prescription est obligatoire à l'égard d'un médicament dès lors que l'une ou plusieurs de ses substances actives sont inscrites sur la liste (I ou II) des substances vénéneuses, dangereuses pour la santé de leur utilisateur. Liste sur laquelle figurait l'une des substances actives du Norlevo. « L'éthynil-estradiol est inscrit sur la liste des substances vénéneuses (comme tous les œstrogènes de synthèse) depuis le 21 septembre 1983 et ne bénéficie d'aucune exonération. », rapport n° 49, remis au Sénat par L. Neuwirth le 25 octobre 2000, p. 16. L'innocuité du Norlevo pour la santé des personnes était pourtant reconnue par les médecins.

² *Ibid.*, p. 9.

³ Note du 29 décembre 1999, dénommée : Protocole national sur l'organisation des soins et des urgences dans les écoles et les établissements publics locaux d'enseignement (EPLE), NOR : SCOB9902846X, Bulletin officiel du ministère de l'Éducation nationale du 6 janvier 2000, voir notamment les dispositions de la fiche infirmière intitulé « VI Contraception d'urgence Norlevo ».

⁴ V. le rapport du Dr. Uzan sur la prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes, *op. cit.* ; le rapport de Mme Bousquet relatif à la contraception d'urgence, *op. cit.* ; rapport n° 49 de M. Neuwirth du 25 octobre 2000 *op. cit.* ; M. Mazuy, L. Toulemon, E. Baril « Un recours moindre à l'IVG, mais plus souvent répété » Institut national d'études démographiques, *Population & société*, n° 518 de janvier 2015 ; B. Pavard, F. Rochefort, M. Zancarini-Fournel, *Les lois Veil. Contraception 1974, IVG 1975*, Armand Colin, 2012.

⁵ Selon lequel les IVG menées à terme chez les adolescentes constituent un phénomène numériquement important et fait part d'un chiffre de 10 000 adolescentes concernées chaque année par ce phénomène. Il est difficile d'obtenir des chiffres exacts au niveau national faute de véritable étude sur le sujet consacrée aux mineurs. Il est possible de donner quelques indications plus récentes : M-C Voltzenlogel (dir.) « Prise en charge de la grossesse chez la mineure de moins de 15 ans : un challenge multidisciplinaire », *J Gynecol Obstet Biol Reprod* (Paris) (2013), <http://dx.doi.org/10.1016/j.jgyn.2013.07.005> : « En 2011, 7126 patientes enceintes ont été prises en charge dans le service de gynécologie-obstétrique du CHU de Rennes, dont 138 mineures et quatre mineures de moins de 15 ans, soit 0,05 % du nombre total de patientes suivies pour une grossesse » ; v. aussi : M. Mazuy, L. Toulemon, E. Baril « Un recours moindre à l'IVG, mais plus souvent répété » *op. cit.*

⁶ Qui servira de base au secret médical des mineurs en matière de santé en 2002 ; v. *infra* nos 79 et 80.

mettre en confiance. Si le recours à la contraception d'urgence s'imposait, elle devait dans un premier temps « rechercher les modalités les plus appropriées en fonction de l'âge et de la personnalité de l'élève pour entrer en contact avec l'un de ses parents (téléphone, rendez-vous) aux fins d'informer celui-ci des différentes possibilités de contraception d'urgence, de lui indiquer les structures existantes pour se procurer de tels médicaments (pharmacie, médecin, centre de planification familiale), et de l'aider ainsi à trouver la solution adéquate ». Ce n'est qu'en cas de refus « catégorique » de l'élève d'associer ses parents à sa démarche que l'infirmière était autorisée à prendre rendez-vous auprès d'un planning familial, de l'y accompagner si besoin et à titre exceptionnel, si l'une de ces structures n'est pas immédiatement accessible, en cas de détresse caractérisée suite à un rapport sexuel remontant à moins de soixante-douze heures, elle pourra délivrer la contraception d'urgence et éviter une grossesse non désirée à un âge précoce. En dépit de l'accueil favorable de cette circulaire par une grande majorité d'établissements, plusieurs associations¹ ont tenté de la faire annuler sur la base d'un recours pour excès de pouvoir. Ces associations souhaitaient plus précisément l'annulation des dispositions organisant les modalités de l'intervention de l'infirmière scolaire sur la seule demande de « contraception d'urgence » formulée par l'élève qui écartait la prescription médicale et le consentement parental préalable². Dans son arrêt du 30 juin 2000³, le Conseil d'État a condamné l'État et annulé les différentes décisions prises par la ministre déléguée, au motif que celles-ci ne respectaient pas les conditions imposées par la législation en vigueur qui était conforme aux dispositions européennes⁴. Le Conseil d'État articule son raisonnement autour de la prescription médicale, mais reste silencieux sur la pertinence du consentement parental à ce sujet⁵. Cette condamnation a entraîné l'annulation des différents protocoles en vigueur, mettant temporairement fin et de manière brutale à l'accès autonome des mineures à la contraception d'urgence en restaurant la nécessité d'une prescription médicale en pharmacie. Par cet arrêt, le législateur était encouragé à intervenir⁶, ce qu'il a fait avec la loi du 13 décembre 2000 relative

¹ L'association « choisir la vie – association pour l'objection de conscience à l'avortement » ; l'association « Union pour la vie » ; l'association « laissez les vivre, SOS futur mère », l'association « confédération nationale des associations familiales catholiques » ; l'association « alliance pour les droits de la vie » ; l'association « famille et liberté » et enfin l'association « des parents d'élève du pensionnat La Croix Bar-Le-Duc ».

² Les dispositions visées étaient celles du chapitre VI du « Protocole national sur l'organisation des soins et des urgences dans les écoles et les établissements d'enseignement public locaux d'enseignement (EPLÉ) » ainsi que celles figurant dans la lettre du 29 décembre 1999 du ministre délégué chargé de l'enseignement scolaire accompagnant ce « protocole » adressé aux proviseurs des lycées et principaux des collèges sur la « contraception d'urgence » et plus particulièrement contre la « fiche infirmière ».

³ CE, 30 juin 2000 n° 216130, pub. Lebon. Pour un commentaire complet : L. Dubouis « La pilule du lendemain : la ministre, la loi et la directive communautaire », *RFD* 2000, p. 1305.

⁴ Directive du Conseil n° 92-26 CEE du 31 mars 1992 « concernant la classification en matière de délivrance des médicaments à usage humain », CEE, *JO*, 30 avril 1992, pp. 5 à 7. Ce texte a défini les critères de classification des médicaments à usage humain dans la Communauté et les possibles dérogations offertes aux États.

⁵ Seul le commissaire du gouvernement (nouvellement rapporteur public) avait évoqué cette incompatibilité avec l'article 371-2 C. civ octroyant la protection de la santé des enfants aux titulaire de l'autorité.

⁶ Comme rapporté par L. Neuwirth dans son rapport n° 49, *op. cit.*, p. 22 : « Le Gouvernement réaffirmait « sa volonté de garantir l'accès libre de toutes les femmes à la nouvelle contraception » et annonçait le prochain examen d'un texte par le Parlement : « L'obstacle juridique retenu par le Conseil d'État ne peut être surmonté que par la loi. Un texte législatif permettant une réelle prise en compte de la spécificité thérapeutique de ce contraceptif inconnu en 1967 et son administration à des mineures dans les établissements scolaires sera prochainement discuté au Parlement ».

à la contraception d'urgence¹. Cette loi a non seulement supprimé l'accès conditionné à la fourniture d'une prescription médicale préalable², mais a également écarté l'autorisation parentale.

2. *L'abandon du consentement parental pour l'autonomie des mineures*

53. Dans l'attente de cette loi, une nouvelle circulaire du 21 septembre 2000³ a organisé des dispositions transitoires⁴ pour faciliter l'accès des élèves mineures aux centres de planification familiale, seuls autorisés à délivrer la contraception d'urgence sans prescription ni autorisation parentale⁵. À ce stade, les modalités d'accès à la contraception d'urgence des mineures restaient encore confuses, voire incertaines. L'arrêté du 27 mai 1999⁶ autorisant la vente libre de la pilule du lendemain était toujours en vigueur, alors même que la décision du Conseil d'État concluait à l'illégalité de la circulaire prise sur son fondement, remettant indirectement en question sa validité. Les mineures scolarisées se retrouvaient dans une situation paradoxale : elles pouvaient se procurer le médicament en pharmacie⁷, alors que cette facilité leur était refusée dans le cadre scolaire. Cette incohérence a conduit le législateur à consacrer l'autonomie des mineures en matière de contraception d'urgence.

54. Pour justifier l'abandon du consentement parental, il a été avancé que « dans les cas d'urgence et de détresse caractérisée, le souci de prévenir une interruption volontaire de grossesse devait prévaloir sur l'exigence de consentement parental »⁸. Ce même rapport fait une observation intéressante selon laquelle la majorité des parents approuvaient ce principe puisque, selon un sondage effectué en août 2000 pour la Fédération des parents d'élèves de l'enseignement public, « 66 % des parents d'élèves étaient favorables à la délivrance de la pilule du lendemain en milieu scolaire ». L'urgence de la situation

¹ V. L. Neuwirth rapport n° 49, *loc. cit.*, pp. 16 s.

² La Pologne a voté le mercredi 24 mai 2017 une loi qui réinstaura l'obligation d'une ordonnance pour la délivrance de la contraception d'urgence à l'égard des personnes de plus de quinze ans. Comme nous avons pu le souligner l'objectif est ici de restreindre de manière indirecte l'exercice de ce droit car beaucoup de femmes (notamment les adolescentes) ne pourront faire cette démarche dans les temps.

³ Circulaire n° 2000-147 du 21 septembre 2000 « relative à la mise en place de la contraception d'urgence dans les établissements publics locaux d'enseignement (EPLÉ) », B.O. *ministère de l'éducation nationale* hors-série n° 1 du 6 janvier 2000.

⁴ « Dans l'attente de la modification de la loi du 28 décembre 1967 et compte tenu de l'importance des enjeux, tant pour répondre aux demandes des jeunes filles confrontées à des situations de détresse, que pour conforter les adultes responsables des établissements, et notamment les infirmières scolaires dans leur démarche d'accompagnement, il convient de prendre des mesures transitoires pour permettre aux élèves d'avoir accès à la contraception d'urgence. [...] Lorsque les textes permettant la délivrance à titre gratuit en milieu scolaire, sans prescription médicale y compris aux mineures, seront publiés, ce dispositif pourra être maintenu, sous réserve d'adaptation, pour répondre plus largement aux différents besoins de santé des élèves en s'articulant sur les réseaux de soins. », Circ. n° 2000-147, *loc. cit.*

⁵ « Ce dispositif devant donner à toute élève la possibilité d'avoir accès au centre de planification familiale le plus proche, un accord de principe concernant l'autorisation de sortie de l'établissement devra donc être donné en début d'année par le chef d'établissement à l'infirmière. Des modalités d'accompagnement par un adulte seront définies pour tenir compte de l'âge des élèves et de l'éloignement du centre. Si l'éloignement ou les horaires rendent inutile un déplacement, le médecin travaillant avec le centre sera sollicité. Dans ce cas, l'établissement passera avec lui une convention d'honoraires, qui sera soumise au conseil d'administration. Dans certains cas, les fonds sociaux pourront être utilisés. »

⁶ Arrêté du 27 mai 1999 portant modification aux exonérations à la réglementation des substances vénéneuses destinées à la médecine humaine, JO 30 mai 1999, p. 7982.

⁷ V. Siranyan, F. Taboulet, « La contraception d'urgence délivrée aux mineures : enjeux de sécurité et de santé publique », *RGDM* 2015, n° 21, p. 215 ; F. Locher, V. Siranyan, F. Taboulet, « La prise en charge des patients mineurs par les pharmaciens : un enjeu majeur de santé publique », *RGDM* 2015, n° 21, p. 203 ; J. Delotte, C. Molinard, C. Trastour, A. Bongain, « Délivrance de la contraception d'urgence aux mineures dans les pharmacies françaises », *Gynécologie, Obstétrique, Fertilité* 2008, vol.36, n° 1, p. 63.

⁸ L. Neuwirth rapport n° 63, *loc. cit.*, p. 33.

et de la nature éminemment personnelle de la décision de l'avenir d'une grossesse amorcée conduit à interroger la pertinence de l'intervention de l'autorité parentale. Au-delà de la lenteur du procédé, les parents sont amenés à adhérer au choix de leur fille (ce qui n'aura comme effet que de retarder la décision), ou à s'y opposer en sachant qu'ils ne peuvent légitimement pas la contraindre à renoncer à son projet parental ni la forcer à endosser ce rôle. La loi du 20 septembre 2000 a tranché en faveur d'une autonomie des mineures, elles pourront déterminer leur avenir et décider si elles souhaitent ou non poursuivre leur maternité pour concrétiser un éventuel projet parental¹. L'article L. 5134-1 du Code de la Santé publique dans sa version initiale précisait dans ses alinéas 3 et 4 que : « Les médicaments ayant pour but la contraception d'urgence et non susceptibles de présenter un danger pour la santé dans les conditions normales d'emploi ne sont pas soumis à prescription obligatoire. Pour prévenir une interruption volontaire de grossesse, ils peuvent être prescrits ou délivrés aux mineures désirant garder le secret [...] » Toutes les dispositions ont été prises pour faciliter et même favoriser le recours des mineures à la contraception d'urgence. La prescription médicale et l'obtention d'une autorisation parentale, à l'origine des retards dans l'exercice de ce droit ont été supprimées. La pratique de la délivrance par les infirmières scolaires du second degré, plus accessibles aux mineures, a été consacrée par le législateur².

55. Un an plus tard, la loi du 4 juillet 2001 étend cet exercice à la contraception régulière³, offrant une véritable liberté de choix aux mineures. La maternité revêt une nature éminemment personnelle, car appartenant à la sphère d'intimité la plus stricte, elle devrait rester hors d'atteinte du parent et de son autorité. Aujourd'hui, seul demeure le principe selon lequel le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal n'est plus requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures⁴. Cette réflexion a servi de socle pour organiser l'accès des mineures à l'interruption volontaire de grossesse. Le droit se fonde également sur la nécessité de respecter l'autonomie de la volonté des personnes en raison du caractère intime et éminemment personnel de cette décision.

¹ *Ibid.*, p. 31 : « Votre commission souhaite préciser que cette dérogation au principe du consentement parental ne peut se justifier que par cet impératif essentiel. Elle vous propose par conséquent de débiter ainsi la première phrase du deuxième alinéa du texte proposé : "Pour prévenir une interruption volontaire de grossesse, ils peuvent être prescrits..." ».

² Sous conditions, à savoir : « si un médecin ou un centre de planification ou d'éducation familiales n'est pas immédiatement accessible, les infirmières peuvent, à titre exceptionnel et en application d'un protocole national déterminé par décret, dans les cas d'urgence et de détresse caractérisée », conditions supprimées qu'en janvier 2016 par la loi n° 2016-41 de modernisation de notre système de santé.

³ V *supra* n° 50.

⁴ Toujours présent à l'alinéa 3 de l'article L. 5134-1 dans sa version en vigueur au 28 janvier 2016. La spécificité de la contraception d'urgence demeure uniquement à l'égard des modalités de délivrance, mais cela sera aussi probablement amené à évoluer.

§ 2 : L'exercice du droit à l'interruption de grossesse par les mineures

56. En cas d'échec de la contraception, seule l'interruption de grossesse peut mettre fin à une gestation non désirée. En 1810¹, considérant que cette méthode représentait un danger pour la démographie du pays², elle fut interdite. Face à l'échec des législations répressives et au risque de santé publique qu'entraînait la clandestinité de cette pratique, la loi du 17 janvier 1975³ a autorisé et encadré son recours à deux motifs qui reposent tous deux sur la volonté de la femme. Concernant les mineures, l'articulation de ce droit avec leur protection n'a pas été sans difficulté. En matière d'interruption volontaire de grossesse pour motif personnel, le rôle du parent s'est progressivement affaibli afin que sa décision sur l'avenir de la grossesse ne puisse prendre l'ascendant sur celle de la mineure (A). La question de l'interruption volontaire de grossesse pour motif médical, n'a pas bénéficié de cette évolution. L'interruption pour motif médical demeure soumise au droit commun des actes médicaux relevant de l'autorité des parents, qui conserve ici sa légitimité pour prendre toutes les décisions sur la personne de leur enfant au nom de sa protection (B).

A- L'affaiblissement du rôle parental en matière d'interruption volontaire de grossesse pour motif personnel

57. Comme en matière de contraception, l'accès des mineures à la question de l'exercice de ce droit se doit d'être abordé sous un angle chronologique. Cette approche permet d'appréhender le recul progressif de la place occupée par l'autorité parentale au profit d'une autonomie progressive des mineures face au caractère éminemment personnel de ce droit. Le 17 janvier 1975, la loi Veil a reconnu à toutes les femmes la jouissance du droit d'interruption volontaire de grossesse pour motif personnel.

¹ Selon l'article 317 du Code pénal de 1810, « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est ensuivi. Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu ». Renforcé par la loi du 31 juillet 1920 « réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle », *JO* 1^{er} août 1920, p. 3666 ; Le décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, *JO* 30 juillet 1939 ; La loi du 15 février 1942 pour laquelle l'avortement devient un crime d'État passible de la peine de mort comme « traîtres à la patrie ». (Pour avoir procédé à 27 avortements, Marie-Louise Giraud est guillotinée le 30 juillet 1942). Aujourd'hui encore l'article L. 2214-3 CSP prévoit que : « Chaque année, à l'occasion de la discussion du projet de loi de finances, le ministre chargé de la santé publie un rapport rendant compte de l'évolution démographique du pays, ainsi que de l'application des dispositions du présent titre. Ce rapport comporte des développements sur les aspects sociodémographiques de l'interruption de grossesse ».

² « La procréation doit être une obligation nationale, un devoir collectif visant le maintien de la population et donc a fortiori de l'État. » L. Marguet, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 3.

³ Et ce, bien que leur situation ne fût pas abordée au sein du projet de loi, le ministre de la Santé estimant que c'était au droit commun des interventions graves qui se devait d'être appliqué. V. le rapport élaboré par M. Berger au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 1297, relatif à l'interruption volontaire de grossesse annexé au procès-verbal de la séance du 22 novembre 1974, p. 33. La commission proposait l'article suivant repris du projet de loi de l'année précédente « Art. L 162-5 bis. — Si la femme est une mineure célibataire, le consentement de l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale, ou le cas échéant du représentant légal, est requis. Lorsque ce consentement est impossible à recueillir, le médecin peut intervenir dans les conditions prévues par l'article 32 du Code de déontologie médicale [l'urgence] ».

Cette loi (confirmée cinq années plus tard) a écarté la mainmise de l'État sur le corps des femmes en reconnaissant leur droit de décider du devenir de leur grossesse dans un délai légal de dix semaines¹. Si le plein exercice de ce droit a été reconnu aux femmes majeures ou mariées, son exercice par les mineures était encadré. Compte tenu de son caractère personnel, le législateur n'a jamais envisagé d'appliquer strictement l'autorité parentale, lui préférant le régime de l'assistance en cantonnant le parent à son rôle de représentant légal (1). Bien que ce régime soit basé sur une décision personnelle du mineur, il permettait aux parents en tant que représentants légaux, de faire obstacle à cette décision en refusant la réalisation des actes médicaux nécessaires à l'intervention. Entraînant des situations dramatiques, ces abus de représentation qui privaient d'effectivité les décisions prises par les mineures concernant l'avenir de leur maternité, ont conduit à la marginalisation progressive du parent en matière d'interruption volontaire de grossesse (2).

1. Le régime de l'assistance et les maternités non désirées des mineures

58. À l'issue de la loi « Veil », le régime juridique applicable à la femme en matière d'IVG dépendait du constat de sa majorité ou de sa situation matrimoniale². Si la femme majeure ou mariée bénéficiait d'un exercice autonome de son droit à l'avortement, la mineure célibataire était soumise à un régime spécifique qui encadrait son exercice. L'ancien article L. 162-7 du Code de la Santé publique prévoyait que « si la femme est une mineure célibataire, le consentement de l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale, ou le cas échéant, le représentant légal est requis [obligation]. Ce consentement devra être accompagné de celui de la mineure célibataire enceinte, donné en dehors de la présence des parents ou du représentant légal ». Ce texte mettait en place un régime reposant sur une double volonté, avec d'une part, le consentement personnel de la mineure seule apte à demander l'interruption de sa grossesse, et d'autre part, celui de son parent agissant en tant que représentant légal pour la réalisation des actes médicaux. Le législateur n'a pas souhaité soumettre l'avortement au régime commun de l'autorité parentale sur la personne, étant donné que l'autorité attribuée aux parents a un droit de décision sur la personne de leurs enfants. Dans le cas contraire, l'article L. 167-7 ancien aurait requis le consentement des deux titulaires de l'autorité en raison de la nature de l'intervention qui en fait un acte grave, engageant ses droits et libertés et ayant des conséquences sur son avenir, ne peut être réalisé par le tiers sans le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale³. Le texte ne se réfère pas au parent en tant que titulaire de l'autorité parentale, mais seulement en tant que représentant légal de l'enfant mineur. Ce choix peut s'expliquer par la volonté du législateur de placer l'avortement sous un régime réservé normalement aux « actes usuels ». Ce régime permet au tiers d'agir avec le consentement

¹ Le vœu formulé par L. Neuwirth était en passe d'être exaucé, l'heure étant désormais venue « de passer de la maternité accidentelle et due souvent au seul hasard, à une maternité consciente et pleinement responsable », débat parlementaire sur la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, p. 13.

² La femme majeure ou la mineure mariée se voient reconnaître la jouissance, mais aussi l'exercice de son droit. Elles se voient reconnaître un accès autonome à l'interruption volontaire de grossesse car leur consentement suffit pour réaliser l'acte médical.

³ Art. 372-2 C. civ.

d'un seul parent, l'accord de l'autre étant ici présumé. Cette explication conduit cependant à passer sous silence l'exigence du consentement personnel de la mineure auquel l'ancien article L. 167-7 du Code de la Santé publique faisait référence. Il convient d'en conclure que la décision d'avorter échappe à l'autorité du parent qui perd ici tout pouvoir d'initiative sur la décision au profit exclusif de la mineure. Le parent ne joue qu'un rôle de représentant légal et son accord ne vaut que pour la réalisation de l'acte médical, et non pour la décision qui le légitime¹. Le mécanisme juridique n'est donc plus celui de l'autorité parentale, mais celui de l'assistance². L'assistance dans les actes juridiques s'accompagne d'un régime d'autorisation concernant les décisions. Si le parent perd l'initiative du droit, il a toujours les moyens d'y faire obstacle en refusant d'assister son enfant. Par ce biais, il peut faire échec à la décision du mineur, ce qui revient juridiquement à autoriser ou non l'exercice du droit dont il est titulaire³.

59. Si le législateur admet qu'une mineure est apte à décider de l'avenir de sa grossesse, il ne lui reconnaît pas pour autant la capacité juridique requise pour réaliser seule les actes de la vie civile⁴ qu'implique la concrétisation de sa décision. Ce constat explique que le consentement du représentant légal, qui s'apparente ici à une forme d'autorisation, soit également exigé. L'interruption volontaire de grossesse est une décision médicale qui donne lieu à un ou plusieurs actes médicaux. L'ancien article L. 162-7, devenu L. 2212-7 du Code de la Santé publique, fait référence au « consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal ». Le consentement d'une personne ne disposant que d'un pouvoir de représentation suffit, car il s'agit de pallier une incapacité juridique et non l'aptitude de décider. Si l'assistance permet de faire présumer le discernement des mineures pour une décision dont la portée est strictement personnelle, elle ne leur octroie qu'une initiative dans l'exercice de leur droit et non une véritable autonomie. Le législateur a souhaité limiter l'intervention du parent comme celle du tiers exerçant l'autorité parentale aux actes médicaux, que leur

¹ V. art. 389 C civ. Cela implique par exemple que le parent puisse intervenir sur les modalités de l'interruption qui sont déterminées par les actes médicaux : la méthode envisagée, selon ce qui lui semble le mieux pour l'intérêt de son enfant (médical, chirurgical...), sans pouvoir revenir sur la décision prise par la personne de mettre fin à sa grossesse.

² Lors des débats parlementaires des lois du 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979, la suppression du consentement parental avait été envisagée. Pour exemple : Mme Jacq soulignait que dans une situation conflictuelle, les jeunes filles seraient conduites « à demander une interruption de grossesse tardive, car elles ont dissimulé leur état » ; *JO Assemblée nationale*, 29 novembre 1979, p. 10938. Dans le même sens Mme Hélène Luc soulignait le fait que : « si la mineure a le droit de reconnaître son enfant, de signer un acte d'abandon, d'utiliser des contraceptifs sans l'autorisation de ses parents, pourquoi donc la décision d'interrompre sa grossesse ne lui appartiendrait-elle pas en dernier ressort ? » ; *JO Sénat*, 16 décembre 1979, p. 5575. V. également les déclarations de M. B. Parmentier, *JO Sénat* 16 décembre 1979, p. 5575. Cité notamment par J.-F. Eschylle, « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS* 1997, p. 639 ; Ce régime est plutôt inhabituel en matière personnelle car il intervient généralement à l'égard des majeurs protégés en droit des incapacités. Autrement dit à l'égard des actes juridiques pour pallier l'incapacité de la personne par l'adjonction d'un consentement émanant d'une personne capable.

³ Pour une plus ample description des mécanismes juridiques de l'autorisation, v. *infra* n°s 740 s.

⁴ A. Lepage « Droit de la personnalité », in *Rep. civ.*, Dalloz, n° 196 : à l'égard du droit à l'image des mineurs : « lorsque le mineur atteint un âge le rendant apte au discernement, le caractère éminemment personnel des prérogatives en jeu rend souhaitable un régime d'assistance (V. en ce sens : J. Ravanais, *J.-Cl. civ. Code*, art. 9, Protection de la vie privée, fasc. 10, n° 83 ; v. aussi Ch. Caron, *op. cit.*, qui est même favorable à une autonomie). Dans ce cas, le consentement du mineur devient nécessaire, mais il lui faut, pour être valable, être épaulé par celui du ou des titulaires de l'autorité parentale. Il appartient à la jurisprudence, tâche délicate, de déterminer cas par cas si le mineur avait un discernement suffisant » ; la logique juridique est ici la même à l'égard de l'IVG à la différence qu'en la matière le législateur y a fait droit ; v. J.-J. Lemouland « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD. civ.*, 1997, p. 1.

source résulte d'un contrat civil¹ ou d'une relation statutaire de droit public², en négligeant par ailleurs l'impact de l'aspect décisionnel du mécanisme de l'assistance.

60. Le maintien de l'intervention parentale par le biais de l'assistance avait pour objectif de préserver le lien des parents avec leur enfant durant une période marquée par une plus grande vulnérabilité. Ce régime accorde non seulement l'initiative de la décision à la mineure, mais également l'opportunité de choisir lequel de ses deux parents sera le plus disposé au dialogue et à remplir son rôle sans interférer dans sa décision. Autrement dit, lequel des deux sera le plus enclin à accepter sa décision et donc à ne pas faire obstacle à l'exercice de son droit. Il s'agit d'une garantie légale offerte à toute mineure pour que sa volonté puisse être respectée sans renoncer au soutien matériel et moral de son parent. Le législateur conscient de la situation de ces mineures, a souhaité éviter l'isolement d'une personne doublement vulnérable, confrontée à une décision personnelle difficile³ dont les conséquences peuvent potentiellement se répercuter sur sa vie⁴ ainsi que sur celle de ses proches bien au-delà de sa minorité. Cette vision est celle d'une assistance légale dépourvue de tout pouvoir de décision. Ce constat est entériné par les précautions entourant le consentement de la mineure pour qu'il soit délivré en dehors de la présence de ses parents. Cette disposition permet d'éviter toute pression extérieure sur la mineure, que ce soit pour interrompre ou poursuivre la grossesse⁵. Elle confirme la mise à l'écart de l'autorité parentale sur une décision strictement personnelle⁶. Par ce détour, l'autonomie reconnue pour le choix de l'interruption entraîne parallèlement la reconnaissance d'un droit pour la mineure de la poursuite de sa grossesse jusqu'à son terme. L'existence de ce droit est implicite⁷, elle se dégage des précautions légales destinées à favoriser l'expression d'un consentement libre et éclairé afin qu'il reflète la volonté exclusive de la femme, mineure ou non. Le critère aujourd'hui disparu de la « détresse » permettait d'expliquer l'importance accordée à la volonté de la femme, car elle seule

¹ Cass, civ 1^{ère}, 20 mai 1936, *D.* 1936, 1, p. 88, concl. Matter, rapp. Josserand ; *S.* 1937, 1, p. 321 note Breton ; *JCP* 1936, p. 1070 ; A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF, coll. Thémis droit, 3^{ème} éd., 2012, p. 437, n° 383.

² Le mineur devient usagé du service public hospitalier : CE, 21 févr. 1936, *Rec. CE*, p. 226 ; CE, 4 oct 1968, *JCP* 1968, II, n° 15668, note R. Savatier ; CE, 23 février 1979, *AJDA*, décembre 1979, p. 31, concl. Baquet ; CE 11 janvier 1991, *AJDA* 1991, p. 479.

³ D. Duval-Arnould, « Minorité et interruption volontaire de grossesse » *D.* 1999, p. 471 : « l'intervention de l'un des parents a été prévue [...] afin que la jeune fille demande conseil et ne décide pas seule, compte tenu des risques médicaux et psychologiques pouvant survenir ultérieurement, d'un acte, dont elle pourrait ne pas mesurer toute la portée. »

⁴ Ex. : l'étude menée avant le vote de la loi Veil : « Grossesse, avortement et suicide », *Psychologie sociale*, 1979, 11, p. 171 ; « il peut s'agir de la poursuite de la grossesse avec les conséquences psychologiques, familiales que cela peut entraîner » : M. Uzan, rapport sur la prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes, *op. cit.*, p. 13.

⁵ Ce choix « intervient toujours dans un contexte difficile au sein duquel la jeune fille subit des pressions de toutes sortes émanant de la famille et de l'environnement, est très dépendante de l'entourage et est parfois incitée à subir une IVG dans un souci de préserver son avenir » : D. Duval-Arnould *loc. cit.*

⁶ Certains amendements avaient souhaité marquer l'exclusion de l'autorité parentale de ce domaine. Ex. : l'amendement n° 19 rectifié, *JO Assemblée nationale*, 29 novembre 1979, p. 10937 ; amendement n° 87 rectifié, *JO Sénat*, 16 décembre 1979, p. 5574. Selon lequel : « Si la femme est mineure célibataire, le soutien de ses parents (ou de l'un de ses parents) est recherché par le médecin par le travailleur social. La décision définitive est prise par la jeune fille ».

⁷ V. *infra* Section 1 sur l'établissement du lien de filiation, spéc. n° 133.

pouvait apprécier si sa grossesse la plaçait ou non dans une situation de détresse¹. Offrir au parent la possibilité de remettre en question cette décision revenait implicitement à lui donner l'opportunité juridique de juger de la détresse de son enfant, ce qui n'était ni concevable ni souhaitable, sauf à nier le caractère éminemment personnel de ce droit, et par là même la détresse de la personne².

61. Le régime de l'assistance mis en place par le législateur trouve sa limite lorsqu'aucun des parents n'est favorable à l'interruption de grossesse, car ce mécanisme ne se limite pas à la conclusion d'un acte juridique. Même cantonné à un rôle d'assistance, le parent peut refuser l'interruption de grossesse sollicitée par son enfant. Ce mécanisme confère au protecteur la possibilité d'autoriser ou non la décision prise par le protégé, s'il estime que cette décision est contraire à l'éducation et à la morale qu'il souhaite lui inculquer³. Le parent pouvait refuser la réalisation des actes juridiques requis pour l'intervention⁴, faisant obstacle à l'interruption de la grossesse dans le délai légal. Cette situation n'avait manifestement pas été considéré par le législateur qui n'avait pas prévu de mécanisme susceptible de contourner le refus abusif du parent ou sa seule inaction. La décision de la mineure se heurtait au maintien de son incapacité juridique, qui permettait à son parent d'autoriser ou de s'opposer à cette intervention. Ce mécanisme destiné à les protéger se retournait contre elle, car si le parent perdait l'initiative de la décision, il conservait un véritable droit de veto sur celle de son enfant.

2. La marginalisation du rôle parental à l'égard de l'interruption volontaire de grossesse

62. La défaillance du parent dans son rôle de représentant, par son refus ou sa propre incapacité⁵, constituait un obstacle à l'effectivité de la décision prise par la mineure qui choisissait d'interrompre sa grossesse. Même privé de l'autorité requise pour la prise de décision, le parent était capable de reprendre

¹ Conseil Constitutionnel décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, « la loi du 17 janvier 1975 a autorisé une femme à demander l'interruption volontaire de sa grossesse lorsque son état la place dans une situation de détresse ; [mais] que ces dispositions réservent à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation » ; v. aussi : E. Fondimare, « La loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes à l'épreuve du Conseil constitutionnel », RDH [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 25 septembre 2014, DOI : 10.4000/revdh.880, disponible à l'adresse : <http://revdh.revues.org/880>, [consulté le 1^{er} octobre 2019].

² V. G. Mémeteau, « Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé », RDSS 1983, p. 535 ; repris par J.-F. Eschylle « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », RDSS 1997, p. 639 ; A. Deiss, « Le juge des enfants et la santé des mineurs », JCP 1983, I, p. 3125.

³ L'article 371-1 du Code civil fait du parent le protecteur de la santé et de la moralité de l'enfant. Comme le souligne un auteur : « il peut paraître insolite que la justice autorise un médecin à pratiquer l'avortement d'une mineure, malgré l'opposition parentale, et ce, au nom de « l'assistance éducative », c'est en effet aux père et mères que la loi (anc.) art.371-2 c. civ.) confie le gouvernement de la personne du mineur, et, donc, la détermination des convictions philosophiques ou religieuses ou de comportement dans lesquelles ils entendent achever d'élever les enfants jusqu'à leur majorité » : J.-P. Gridel, « L'âge et la capacité civile », D. 1998, p. 90, spéc. n° 21.

⁴ Cette problématique ne se rencontrait pas lorsque la mineure décidait de poursuivre sa grossesse tout simplement en raison du fait que cette décision ne requiert pour son effectivité la réalisation d'un acte juridique et se contente d'une situation de pur fait. Dès lors le parent n'a pas à intervenir en représentation de l'enfant et peut faire obstruction même en cas de désaccord avec le choix de son enfant, car il ne dispose pas de l'initiative du droit.

⁵ D. Duval-Arnould, « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *op. cit.* : « Les contextes varient : il peut s'agir de jeunes filles issues de familles dans lesquelles une IVG n'est pas envisageable en raison de leurs cultures ou de leurs religions, de situations de mésentente grave avec les parents, de cas dans lesquels c'est la personne avec laquelle la mineure a eu des relations sexuelles qui empêche tout dialogue (il peut s'agir par exemple d'un membre de la famille ou d'une communauté différente) ou encore d'absence de contacts entre la mineure et ses parents. Il arrive qu'on ne sache pas où joindre les parents ou le représentant légal ou que cela soit impossible dans les délais fixés par la loi. [...] Enfin il peut arriver que le parent exerçant l'autorité parentale ne soit même pas en mesure de manifester sa volonté étant, par exemple, hospitalisé en psychiatrie ».

le contrôle des décisions de son enfant via son droit d'assistance. À cette époque, refuser l'interruption de grossesse revenait à contester l'existence d'une situation de détresse que seule la jeune femme était théoriquement en capacité d'apprécier. Faute d'avoir envisagé la possibilité d'une opposition du parent ou son impossibilité matérielle d'exercer sa fonction de représentation, la mineure ne disposait d'aucune alternative juridique pour réaliser les actes médicaux liés à sa décision, ce qui la plaçait face à une incapacité de jouissance. L'autorité que l'on croyait écartée ressurgit ici sous la forme amoindrie de l'autorisation. L'interruption volontaire de grossesse quittait le domaine des décisions éminemment personnelles de la mineure pour devenir « une prise de décision commune, familiale [...] »¹. Or, cette éventualité n'est possible que si « l'on peut supposer une réflexion de l'enfant et de ses parents partageant ensemble la même conception éthique »². D'une volonté initiale limitée à une assistance, la mineure qui ne parvenait pas à convaincre son parent de sa détresse était contrainte de poursuivre sa grossesse³. Cette difficulté pouvait également survenir lorsque les parents ne pouvaient être contactés à temps, leur silence valant opposition. La simple inaction parentale suffisait donc à faire échec à la prise en charge du mineur ainsi qu'à l'exercice de ses droits.

63. En raison de cette omission, la jurisprudence a tenté de surmonter les refus de représentation des parents, en redonnant à la décision prise par la mineure, son rôle déterminant⁴. C'est donc dans un premier temps au juge des enfants, saisi par les futures-mères elles-mêmes, qu'est revenu la charge de résoudre ces situations dramatiques. Le refus parental pouvait être motivé aussi bien par l'animosité⁵ et les relations familiales conflictuelles⁶, les convictions morales et religieuses des parents⁷, ou encore en raison d'une plainte déposée par la jeune femme à l'encontre de son père⁸. Faute d'assise textuelle en dehors de l'article 375 du Code civil, les juges ont été amenés à traiter la situation de ces mineurs⁹ (lorsqu'ils acceptaient leur compétence¹⁰) sous l'aspect du danger¹¹ dû au conflit opposant la mineure

¹ G. Mémeteau, « Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé », *op. cit.* ; le rapport Nizand, *op. cit.*, évoquait le fait que : « dans de nombreuses situations d'ailleurs, le premier réflexe de panique passé, les choses s'arrangent souvent sans grand problème à l'intérieur de la famille. » (p. 24).

² *Ibid.*

³ V. F. Dekeuwer-Défossez, « v° Avortement - interruption volontaire de grossesse », in *Rép. pén.*, Dalloz, n° 45.

⁴ « Il est clair qu'actuellement le juge des enfants est dans une situation difficile en raison des situations humaines auxquelles il est confronté et du silence des textes. La Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur sa compétence en matière d'IVG ; l'exécution provisoire ayant toujours été ordonnée par les juges des enfants ou les cours d'appel, limités par les délais légaux s'imposant à l'IVG. » F. Giraud, rapport réalisé pour le Sénat au nom de la commission des Affaires sociales « sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », n° 210, annexé au P.V. séance du 31 janvier 2001. p. 48 ; Reprenant les arguments de D. Duval-Arnould, « Minorité et interruption volontaire de grossesse » *op. cit.*

⁵ JE Versailles, 1979 (non datée), rapportée in *Justice*, 1979, n° 73, pp. 14 et s.

⁶ Cour de Colmar le 22 septembre 1995, *JDJ*, n° 158, octobre 1996, p. 46.

⁷ JE Paris, 8 novembre 1975, *Dr. enfance et fam.* 1975, p.91 ; JE Evry, 8 novembre 1982, *D.* 1983, p. 218, *RDSS*, 1983, p. 163, note P. Raynaud ; CA Colmar, 22 septembre 1995, *Dr. enfance et fam.* 1996/1, p. 232, obs. A. Boissinot.

⁸ CA Bordeaux 4 décembre 1991, *D.* 1993, Jur. p. 129, note T. Dubaële : « [Les parents avaient] subordonné leur accord pour autoriser l'IVG de leur fille à son retrait de plainte que celle-ci avait déposée à l'encontre de son père pour des faits d'inceste ».

⁹ V. M. Redon « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice imposé du droit parental », *D.* 2001, p. 1194.

¹⁰ « Les positions des juges des enfants sont très variables en fonction de leurs critères de valeurs personnelles. Certains se déclarent incompétents. D'autres autorisent directement l'IVG, ou bien retirent aux parents le droit de consentir à cet acte, en remettant à un établissement ou à un service le soin d'y consentir. » D. Bousquet, rapport n° 2702 sur le projet de loi n° 2605 relatifs à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, 15 novembre 2000, *Assemblée nationale*, p. 32.

¹¹ Art. 375 C. civ.

à ses parents. Plusieurs solutions ont été prévues dans des ordonnances rarement publiées et qui n'ont pas, ou peu fait l'objet d'appel en raison du délai légal des dix semaines encadrant l'interruption de grossesse pour motif personnel¹. D'une autorisation donnée à l'interruption de grossesse en raison du danger que la situation entraînait pour l'enfant², les juges ont peu à peu basculé vers la théorie de l'abus de droit.

64. Cette théorie ancienne suppose d'une part de démontrer l'inutilité pour la personne d'exercer son droit (ici le refus de représentation) et d'autre part la volonté de nuire à autrui (en l'espèce son propre enfant)³. L'application de cette théorie dans le cadre des droits parentaux semblait incongrue, car l'autorité parentale est entièrement vouée à la protection de l'enfant⁴, l'assistance devant également respecter cet objectif de protection pour autoriser ou non l'acte. Ces solutions ne pouvaient être pérennes, car le danger comme l'abus étaient difficiles à caractériser⁵. Situation d'autant plus délicate compte tenu du fait que l'interruption volontaire de grossesse ne figure pas au nombre des mesures d'assistance éducative pouvant être prononcées par le juge des enfants. L'abus de droit ne permettait pas de passer outre le refus parental, d'autant que le délai légal de dix semaines, fortement entamé lors de la saisine par la mineure, exigeait une réponse rapide. Ce constat poussait les médecins à trouver des solutions en dehors de tout cadre juridique⁶, quitte à engager leur responsabilité personnelle à l'égard des parents. Par exemple, les médecins orientaient la jeune fille vers des solutions alternatives (associations, départs à l'étranger), ou alors, ils acceptaient de pratiquer l'interruption avec seulement le consentement écrit d'un parent ou d'un membre de l'entourage, qui en réalité pouvait être falsifié, car sa présence n'était pas requise par la loi⁷. L'assistance était insuffisante pour garantir le respect de la volonté de la mineure par ses parents qui demeuraient aptes à lui imposer une maternité non désirée. À la détresse de la femme refusant sa grossesse, s'ajoutait la détresse de la mineure dont la situation était mal comprise par les personnes chargées de la protéger⁸. D'où l'intérêt de se dispenser de

¹ Le temps de faire appel l'opération était déjà réalisée, ce qui le rendait inutile.

² Dont l'assise textuelle était plus qu'incertaine ; v. D. Duval-Arnould, « Minorité et interruption volontaire de grossesse » *op. cit.* ; T. Dubaele « Avortement, mineure, autorité parentale et abus de droit : pouvoirs du juge des enfants pour consentir à l'IVG d'une mineure faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative ? » *D.* 1993, p. 129 ; J.-F. Eschylle « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires » *op. cit.*

³ *Idem.*

⁴ De plus ce raisonnement faisait l'objet d'un certain nombre de critiques car le parent est chargé d'éduquer et de protéger sa moralité. Si le parent considère l'IVG comme immorale en raison de sa conviction personnelle ne doit-il pas en protéger son enfant ? Ce faisant commet-il véritablement un abus de droit ? En conséquence, le recours à la théorie de l'abus de droit repose sur « un raisonnement juridique tortueux », v. T. Dubaele, *loc. cit.*

⁵ « Il [le juge des enfants] s'appuie sur le critère de « danger » et non « d'intérêt » du mineur, et ce de façon très subjective. Les décisions de certains tribunaux considèrent qu'il n'y a jamais danger pour une mineure à poursuivre une grossesse, et d'autres que la "détresse morale" est constitutive de la notion de danger. », rapport Nizand, *op. cit.*, p. 25.

⁶ Le rapport Nizand, *op. cit.* ; l'auteur avait par ailleurs avancé l'idée (reprise par la loi de 2001 relative à l'IVG et à la contraception) « La solution réside donc plutôt dans l'affirmation d'un droit propre de la jeune fille à décider de l'IVG en lui garantissant la confidentialité de sa décision. », p. 25.

⁷ D. Bousquet, rapport n° 2702 remis à l'Assemblée nationale le 15 novembre 2000, *op. cit.*, p. 32.

⁸ V. les rapports des docteurs Uzan et Nizan élaborés à une année d'intervalle : M. Uzan, rapport *sur la prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes*, *op. cit.* ; I. Nizand, *L'IVG en France : propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les femmes*, *op. cit.*, p. 2 : « La réponse insuffisante du service public tant en quantité qu'en qualité, tout particulièrement dans les grandes villes, et certaines limitations imposées par la loi aux mineures et aux étrangères devraient être reconsidérées. »

l'autorisation parentale et de prévoir un exercice autonome par les mineures de leur droit. De cette décision dépendent les réponses à deux questions auxquelles seule la personne concernée est apte à répondre, que ce soit celle de la détresse dans laquelle la grossesse place la femme et à terme, celle du choix de l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant¹.

65. En 2000, un projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception a fait l'objet d'une procédure d'urgence devant le parlement. Son objectif était de réformer l'accès des mineurs à ces dispositifs. Ce projet a abouti à la loi du 4 juillet 2001² qui modifie l'article L. 2212-7 du Code de la Santé publique : « si le consentement [du représentant légal] n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée ». Au fil des réformes et malgré la volonté du législateur de maintenir le lien entre l'enfant et son parent, le rôle dévolu à ce dernier s'est progressivement marginalisé. Son consentement n'aboutit en réalité qu'à un simple avis³ sans véritable force juridique face à la volonté exprimée par le mineur s'il y est opposé. Que la volonté du parent soit conforme ou contraire à la décision prise par la jeune femme, l'interruption pourra être réalisée⁴. L'exercice de ce droit est aujourd'hui devenu personnel aux mineures. Les parents n'exercent leur rôle de représentant qu'à condition de conforter la décision prise par leur enfant. Dans le cas contraire, l'assistance juridique laissera place à une autonomie juridique pure et simple de la mineure dont le consentement revêt une valeur suffisante pour légitimer la décision comme les actes médicaux qui en sont les attributs.

66. La seule condition imposée à cette autonomie est l'accompagnement de la mineure par « une personne majeure de son choix »⁵. Cette personne n'est pas chargée d'exercer l'autorité parentale, elle ne dispose d'aucun pouvoir de décision à l'égard de la mineure accompagnée. Elle n'est pas non plus chargée de la représenter, ce qui fait qu'elle ne peut autoriser ou représenter la mineure pour la réalisation des actes médicaux. Son rôle se limite à un soutien aussi bien matériel qu'émotionnel dans cette épreuve. La jeune fille n'est pas livrée à elle-même face à une double situation de vulnérabilité due à son âge et à son état de détresse. La responsabilité de cette personne de confiance ne pourra être recherchée (les parents ou tiers) car son rôle est légitimé par la loi. Bien que celle-ci reconnaisse l'autonomie de la mineure pour lui assurer le respect et l'effectivité de sa décision, elle n'est pas isolée

¹ B. Lempert, « Pour que la loi protège l'intime », in *12^e Journées nationales d'études sur l'Avortement et la Contraception*, ANCIC, Marseille, 6-7/06/1997. : « Si une adolescente est enceinte et si elle souhaite une IVG, il vaut mieux prendre acte de cette réalité d'adulte [...] que de la renvoyer à une minorité qui, en l'occurrence, est devenue subitement plus formelle que réelle [...] Quant au rôle des parents en pareille circonstance - maternité précoce ou recours à l'IVG - il est tout sauf secondaire, mais il consiste alors surtout, plutôt que de se crisper dans une réaction de type autoritaire, à donner ce que leur fille demande implicitement, c'est à dire leur amour - sans condition » ; point de vue repris au sein du rapport de Mme Bousquet, *op. cit.*, p. 29.

² Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JO 7 juillet 2001, p. 10823

³ Sur la notion d'« avis » v. *infra* nos 751 s.

⁴ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 745, n° 1237.

⁵ Art. L. 2212-7 CSP.

pour autant, car elle bénéficie des conseils et avis d'un médecin et du soutien d'une personne majeure en qui elle a placé toute sa confiance.

67. Dans le cas où les parents seraient informés de la décision, ils ne disposent d'aucun moyen juridique leur permettant d'y faire obstacle, que leur fille ait choisie de poursuivre sa grossesse ou de l'interrompre. Le droit au secret médical du mineur opposable à ses parents, fait présumer son discernement et lui confère une capacité juridique exceptionnelle, car il n'aura pas à être représenté. Le parent n'a guère d'autre option que de plier ou de s'effacer au profit d'une autonomie pure et simple de son enfant¹. La loi lui retire le droit d'autorisation qu'il s'était arrogé. Sa résistance conduit à voir dans les actes médicaux réalisés dans le cadre de l'IVG « des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel »² du titulaire du droit, quelle que soit sa situation juridique de vulnérabilité³. Si la mineure ne peut décider, personne ne peut le faire à sa place, ce droit échappe à l'autorité et les actes réalisés dans ce cadre ne peuvent s'exercer par le biais de l'autorité ou de l'assistance qui implique un mécanisme de représentation. La distinction mise en place par le régime élaboré en 1975 entre femme mineure non émancipée et, femme majeure ou mariée, est aujourd'hui limitée à un rôle symbolique, qui ne se retrouve que dans des situations non conflictuelles. Dans le cas contraire, que la personne soit mineure ou majeure, seul son consentement personnel importe ici. Ce constat a été renforcé par l'abandon du critère de la détresse en 2014⁴ qui confère aujourd'hui à la décision, comme aux actes qui y sont liés, un caractère personnel en adéquation avec son motif. Ce raisonnement ne peut être étendu à l'interruption volontaire de grossesse réalisée pour un motif médical car le législateur n'a pas souhaité modifier la place du parent qui en ce domaine exerce pleinement l'autorité parentale sur la personne de l'enfant.

¹ Malgré le caractère implicite de la règle selon laquelle tout exercice d'un droit est conditionné à la capacité de discernement de celui qui l'exerce, aucune référence n'est faite par la loi. L'autonomie de la mineure semble consacrée, quel que soit son âge.

² Pour paraphraser la formule de l'article 458 C. civ.

³ « L'autorisation légale d'interruption volontaire de grossesse a incontestablement créé un droit attaché à la personne de la femme enceinte, sans qu'il soit besoin de rechercher une inconcevable distinction juridique selon que la femme est mineure ou majeure. [...] le critère essentiel devrait être celui de la libre détermination de la mineure et de la réalité d'un choix engageant son avenir de femme-majeure » : M. Redon « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice imposé du droit parental », *D.* 2001, p. 1194.

⁴ Art. 24, loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. Cette loi a été prise en raison d'un contexte Européen où le droit à l'avortement était remis en question. Notamment en Espagne où le gouvernement du Partido Popular envisageait de revenir sur la Ley Orgánica du 3 mars 2010 n° 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Le projet envisageait de restreindre les conditions dans lesquelles la femme pouvait recourir à une IVG. L'avortement redeviendrait une infraction pénale sauf dans les trois cas qui étaient envisagés par la loi de 1985 (viol, malformations physiques ou psychiques du fœtus ou l'existence d'un risque pour la santé de la mère), et l'accès des mineures aurait été conditionné à l'accord des titulaires de l'autorité parentale (V. Ministerio de la justicia española : « Anteproyecto de la ley orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada », n° IV, page 4 et 5.). Le projet de loi dénommé : « Loi de protection de la vie dès son commencement et consacrant les droits de la femmes enceinte » fut finalement abandonné suite aux nombreuses réactions négatives tant nationales qu'internationales.

B- La place de l'autorité parentale dans l'interruption volontaire de grossesse pour motif médical

68. Comme pour le motif personnel, l'interruption de grossesse pour motif médical (IMG) est un acte volontaire d'avortement qui implique une décision exprimée par la femme enceinte d'interrompre sa grossesse. Les deux motifs d'interruption sont volontaires. Si au moment de leur adoption¹, les dispositions relatives à l'interruption médicale de grossesse ne faisaient à aucun moment référence à cette volonté, la loi du 4 juillet 2001² est venue affirmer ce principe au sein de l'article L. 2213-1 du Code de la Santé publique³. Dans ses alinéas 2 et 3, ce texte dispose que la procédure d'avortement est conditionnée à la « demande de la femme »⁴. En dépit de cette affirmation, il résulte que dans le cas des mineures, l'interruption médicale de grossesse relève du régime de droit commun de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. L'intervention du parent est requise tant dans la prise de décision médicale que, lors du consentement donné aux actes médicaux qui y sont liés en tant que représentant légal du mineur (1). Il apparaît qu'en pratique, les recours à l'interruption médicale de grossesse reposent sur des motifs proches de ceux avancés dans le cadre de l'interruption de grossesse pour motif personnel. Face au caractère personnel de cette décision et des actes qui y sont liés, la faible place accordée aux mineures dans l'exercice de ce droit est pour le moins discutable (2).

1. L'interruption médicale de grossesse décision de l'autorité parentale

69. Le motif médical en matière d'interruption médicale de grossesse ne permet pas de prendre une décision d'interruption de grossesse, qui doit théoriquement revenir à la femme ou légitimer la réalisation des actes médicaux, mais seulement de justifier le fait que cette interruption puisse intervenir à tout moment de la grossesse. Pour ce faire, il est prévu que deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Ce contrôle effectué par l'équipe médicale constitue un garde-fou, il évite que l'interruption pour motif médical ne soit, en réalité, réalisée pour un motif personnel dans le but de surmonter l'obstacle du délai légal de douze semaines, car une fois ce délai écoulé, la femme est présumée avoir accepté sa grossesse et la mener jusqu'à son terme, qu'il y ait ou non projet parental. Seul un risque pour sa santé ou celle de son enfant permet de l'interrompre après les douze semaines. Au-delà du caractère volontaire transversal à ces deux motifs, certaines règles sont spécifiques selon l'interruption envisagée, comme en témoigne l'article L. 2213-2 du Code de la Santé publique ou encore l'article L. 2213-7 de ce même Code qui confère un exercice personnel du

¹ Loi « Veil » n° 5-17 du 17 janvier 1975, « relative à l'interruption volontaire de la grossesse », JO 18 janvier 1975, p. 739.

² Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 « relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception ».

³ Qui figure sous le livre II du CSP intitulé « interruption volontaire de grossesse ».

⁴ L'article R. 2213-1 CSP est d'autant plus explicite qu'il prévoit que « lorsqu'une femme enceinte envisage de recourir à une interruption de grossesse au motif que la poursuite de sa grossesse met en péril grave sa santé ».

droit à l'interruption pour un motif personnel aux mineures qui n'a pas été étendu pour le motif médical. La seule référence de ce texte à « la demande de la femme » pour procéder à l'interruption médicale de grossesse apparaît insuffisante pour en déduire un exercice personnel qui le détacherait de l'exercice de l'autorité parentale. L'article L. 2212-1 du Code de la Santé publique qui concerne exclusivement le motif personnel se réfère lui aussi à « la demande de la femme ». Pourtant, le législateur a tout de même prévu un article spécifique destiné à organiser l'exercice de ce droit par une femme mineure destiné à aménager sa protection pour lui permettre d'exercer ce droit. Le renvoi général à la notion de « femme » dans le cas d'une interruption de grossesse pour motif médical, appliqué aux mineures, ne leur reconnaît qu'un droit de jouissance de l'interruption médicale de grossesse en l'absence de toute autre disposition spécifique venant déroger au droit commun de l'autorité parentale. Faute d'aménagement légal, la décision de recourir à l'interruption médicale revient aux titulaires de l'autorité parentale chargés de préserver la santé de leur enfant. La mineure n'est en principe qu'associée au processus décisionnel selon son degré de maturité. Cette décision prise, tous les actes médicaux devront recevoir le consentement des représentants légaux chargés de la personne de l'enfant. Considérant que ces deux fonctions reviennent de droit aux parents, ce sont eux qui décideront de la pertinence de l'intervention et non la mineure concernée, car ce droit vise à préserver sa santé et relève des prérogatives de l'autorité parentale.

70. L'équipe médicale doit s'assurer de l'accord des parents avant de procéder au traitement ou à l'opération. Les médecins ne peuvent agir sur la seule décision de la mineure ou sur son seul consentement aux actes médicaux. Le fait que la décision ou l'acte soit lié à une interruption volontaire de grossesse ne remet pas de plein droit en question le rôle du parent, en dépit du caractère personnel de cette décision, reconnu par le Conseil d'État dans un arrêt du 10 novembre 2016¹. En raison de la gravité de cette intervention pour la santé de la parturiente, l'obtention de l'accord des deux titulaires de l'autorité parentale est requise en cas d'exercice commun. La volonté de la mineure est recueillie dans le cadre du droit commun de l'article 371-1 du Code civil. En théorie, l'intervention peut lui être imposée par ses parents au nom de l'impératif de sa protection. Sur ce point, les textes propres au droit de la santé sont en conformité avec l'esprit de l'article 371-1 du Code civil et prévoient que le médecin n'est tenu qu'à l'obligation de rechercher l'assentiment de la mineure sans qu'il soit nécessaire de l'obtenir². La nécessité de l'obtention d'un consentement ne vaut qu'à l'égard des parents qui demeurent, pour cette raison, les premiers destinataires de l'information médicale sur le déroulement de la grossesse

¹ CE, 10 novembre 2016, n° 384691, *Pub. Lebon* : « Considérant qu'en relevant que le message litigieux présentait un point de vue positif sur la vie des jeunes atteints de trisomie et encourageait la société à œuvrer à leur insertion et à leur épanouissement, mais qu'il avait aussi une " finalité qui peut paraître ambiguë ", dès lors qu'il se présentait comme adressé à une femme enceinte, confrontée au "choix de vie personnelle" de recourir ou non à une interruption médicale de grossesse ». Le Conseil d'État reprend à son compte la formulation du CSA qualifiant l'IMG de « choix de vie personnelle ». Malgré le fait que cela concernait en l'espèce une femme majeure, ce constat peut être transposé à la situation des adolescentes, ce qui rapproche l'IMG de l'IVG s'agissant de la nature de la décision et celle des actes médicaux qui y sont liés.

² Art. L. 1111-4 al. 7 et R. 4127-42 CSP à l'égard des décisions en matière de santé.

de leur enfant¹. La mineure ne bénéficie ici d'aucune autonomie supérieure à celle qui lui est reconnue par le droit commun. Le motif médical de l'interruption de grossesse occulte le caractère personnel de ce choix et des actes qui y sont liés. En l'absence de lien direct prévu par la loi entre la personne et l'exercice de son droit, la décision revient à l'autorité parentale et les actes sont réalisés en représentation. Cette prépondérance du caractère médical sur le critère personnel de l'interruption médicale de grossesse est discutable. Dans ce cas, l'interruption peut intervenir dans deux situations spécifiques : la première concerne directement la protection de la santé de la femme enceinte, qui permet à première vue de rattacher cette décision aux attributions de l'autorité parentale, la seconde s'avère plus difficile, car elle offre la possibilité pour une femme de mettre fin à sa grossesse dans le cas où le fœtus serait atteint d'une affection grave reconnue comme incurable au moment du diagnostic. La légitimité de l'autorité parentale ne trouve pas davantage de justification ici qu'en matière de motif personnel.

2. *Vers un exercice personnel du droit à l'interruption médicale de grossesse.*

71. Lorsque la santé de la mineure motive la décision d'interruption, l'interruption médicale de grossesse semble se détacher de la notion de choix de vie qui a légitimé l'exercice personnel de l'interruption de grossesse pour motif personnel. L'interruption médicale est appréhendée uniquement comme une question de protection sanitaire, l'enfant à naître n'est considéré ici qu'en tant qu'élément de l'individu qui le porte, le soumettant à l'autorité parentale exercée sur la parturiente qui s'étend à l'enfant à naître. Dans la pratique, il n'est pas rare que l'opération soit proposée par le médecin à la mineure pour s'affranchir du délai légal de douze semaines de l'interruption pour motif personnel. La possibilité offerte par le législateur de procéder à l'interruption médicale à « toute époque » apparaît dans certaines situations comme une réponse efficace à la détresse dans laquelle se trouvent ces jeunes femmes qui ont trop tardé à prendre leur décision ou dont la grossesse n'a été diagnostiquée qu'au-delà du délai légal². Le motif de l'interruption médicale de grossesse repose ici en réalité sur un motif personnel. Il est difficile d'établir la part exacte de ces recours. Les études relatives aux interruptions de grossesse ne font pas de distinction entre les différents motifs ayant conduit à l'interruption, ils sont tous désignés sous le sigle d'« IVG », renforçant un sentiment de similitude entre ces deux régimes. Le constat révèle que la proportion du recours à l'interruption pour motif personnel (au sens large) varie fortement selon l'âge de la mineure³. Le motif médical offre la possibilité aux médecins de proposer de mettre fin à une grossesse en dehors de tout délai légal dès lors qu'il place la jeune fille dans une situation

¹ Art. R. 4127-42 CSP : « Un médecin appelé à donner des soins à un mineur [...] doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement ».

² Dix semaines de gestation en 1975 devenues douze semaines depuis 2001. Comme soulignait déjà le rapport du Dr Uzan « chez les très jeunes femmes avant 18 ans, l'interruption volontaire de grossesse (IVG) est l'issue de plus d'une grossesse sur deux. » (Uzan, *op. cit.* p. 3) ; 12% font l'objet d'une déclaration tardive par l'adolescente, « il s'agit des cas où le diagnostic de la grossesse n'est fait que tardivement, bien après les délais légaux de l'IVG. Le plus souvent il s'agit d'une adolescente aux cycles irréguliers chez qui le diagnostic n'est pas toujours aisé, qui par naïveté ou crainte de la réaction familiale va cacher sa grossesse. » (*Ibid.*, p. 17).

³ Dans l'échantillon servant de base au rapport Uzan la proportion d'IVG varie selon l'âge, « passant de 86 % à 12 ans à 50 % à 17 ans. », *op. cit.*, p. 27.

pouvant être qualifiée de « détresse médicalement constatée »¹. La notion juridique de « santé » est appréciée de plus en plus largement². L'interruption médicale de grossesse est susceptible d'intervenir dans le cas de très jeunes mineures dont la maturité physique ne permet pas d'affronter une grossesse (10 à 12 ans), comme dans les cas où le délai légal du motif personnel serait dépassé et dont la poursuite entraînerait de graves conséquences tant physiques que psychologiques, mais aussi familiales. La résurgence de la notion de « détresse » abandonnée à l'égard du motif personnel semble retrouver ici tout son sens. Un certain décalage (souhaité par le législateur) se crée entre le régime juridique de l'exercice de ce droit³ et sa mise en application concrète pour les mineures. Les médecins vont rechercher une raison médicale pouvant corroborer leur état de détresse. Compte tenu des remarques qui ont été faites sur l'appréciation de la détresse en matière personnelle, seule la femme peut dire si sa grossesse la place ou non dans un tel état. La décision de recourir à l'interruption médicale de grossesse devrait revenir au titulaire de ce droit et non à l'autorité parentale. Le caractère personnel de cette décision devrait se répercuter sur la décision médicale et les actes liés qui n'ont pas besoin d'être exercés par représentation. En conclusion, le régime juridique de l'exercice du droit à l'interruption médicale devrait être similaire à celui de l'interruption pour motif personnel en limitant l'intervention des parents à une simple assistance, voire par la reconnaissance de l'autonomie de la mineure, tant en matière de décision que dans la réalisation des actes médicaux qui lui sont subordonnés. Comme sa décision est nécessairement confortée par l'avis de deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire, cette précaution écarte par principe les demandes infondées et les risques d'abus. L'intervention de l'autorité parentale est dans ce cas superflue.

72. Le caractère facultatif du rôle du parent est renforcé par le constat que la décision prise par l'autorité ne pourra s'imposer si elle va à l'encontre de celle de la mineure, si l'équipe médicale constate un état de détresse « sanitaire ». Dans le cas contraire, les parents sont amenés à contester l'état de détresse médicalement constaté ainsi que le danger pour elle et son enfant de poursuivre la grossesse.

¹ Lorsque la grossesse est : « survenue après un viol (qu'elle soit ou non au-delà du délai de 12 semaines) la notion d'interruption médicale de grossesse (pour des raisons évidentes de détresse psychologique) est souvent retenue. Elle est parfois difficile à obtenir, car seul un psychiatre (lui-même expert) est habilité à donner l'autorisation d'interruption médicale de grossesse. » rapport Uzan, *op. cit.*, p. 29 ; v. l'article L. 2213-1 sur la composition de l'équipe médicale pluridisciplinaire ; Conseil National du SIDA rapport du 6 mars 2000, p. 9 : « Dans la pratique, certaines structures de soins recourent pourtant au motif de péril grave pour pratiquer une IVG à la demande des mineures et à l'insu des parents. » ; Cette éventualité avait par ailleurs été envisagée par le législateur lors des discussions parlementaires « L'état de détresse de la femme pouvant conduire dans certains cas extrêmes à la pratique d'une IMG doit en tout état de cause être appréciée par une équipe médicale au cas par cas » : M. Liginères-Cassou, rapport n° 2977 relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, du 12 avril 2001 sur l'amélioration de la procédure préalable à la décision de pratiquer une interruption médicale de grossesse.

² « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité. » Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la santé, New York, 19-22 juin 1946 ; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 États. 1946 ; (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la santé, n° 2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948. La définition n'ayant pas été modifiée depuis 1946.

³ La place reconnue à la détresse de la femme à l'égard de l'IMG a été abordé au sein du rapport élaboré par la commission mixte paritaire à l'occasion de l'étude du projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception, ainsi que le rapport de M. Giraud réalisé au nom de la Commission des Affaires sociales n° 253 (2000-2001) qui souligne que : « le Sénat avait souhaité apporter une réponse à la détresse des femmes qui dépassent le délai légal en permettant la prise en charge des situations les plus douloureuses dans le cadre de l'interruption médicale de grossesse. [...] La référence à la santé de la femme incluait sa santé psychique. »

Le droit commun prévoit qu'en cas de refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale qui risquerait d'entraîner des conséquences graves sur la santé de l'enfant, le médecin est autorisé par la loi à délivrer tous les soins rendus indispensables par son état¹. En dépit du refus parental, le médecin pourra réaliser l'interruption médicale de grossesse sur la seule demande de la mineure, sans devoir passer par le juge, car l'interruption médicale repose déjà sur le constat d'un danger pour sa santé et n'a pour autre objectif que d'assurer sa protection. Le consentement parental se trouve à nouveau marginalisé dans la situation où l'état de santé de l'enfant relève de l'urgence². La dégradation rapide de sa santé permet de légitimer l'action du médecin pour tous les soins « nécessaires »³ au vu de l'état de son patient. Dans ces deux circonstances, que ce soit face à l'urgence ou confronté au refus des parents, la décision sera prise par le médecin sur la demande de la mineure, sans que les père et mère n'aient à intervenir⁴. Face à une interruption médicale de grossesse prise sur un motif de protection de la santé de la femme, les solutions envisagées par le droit commun se révèlent en définitive très proches dans leurs applications des modalités qui régissent l'exercice du droit pour motif personnel, ce qui consacre sans le dire un exercice personnel de ce droit marqué par l'intime de ce choix et sa nature protectrice. Il est possible de constater que la relation se resserre autour du binôme « classique » en matière de santé à savoir le patient et son médecin. Le parent ne peut pas choisir de préserver l'enfant à naître au détriment de son propre enfant. Dans cette éventualité, le médecin doit assurer son rôle de « défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage »⁵. La seule véritable différence entre le motif personnel et le motif médical décidé pour protéger la santé de la femme se situe dans le cas d'un refus de la mineure. Ce refus ne bénéficiera pas d'une valeur juridique contraignante permettant de lier le médecin et de faire plier les parents comme dans le cas d'une interruption de grossesse pour motif personnel. En principe, l'enfant, comme son parent, ne pourra faire primer le sort de l'enfant à naître⁶ sur son propre intérêt. Cette solution est aussi appliquée dans le cadre des personnes majeures, sa survie est privilégiée à celle de l'enfant à naître autant que possible⁷. Bien que la décision repose sur un enjeu de protection sanitaire, l'intervention de l'autorité parentale n'est pas cruciale. Il conviendrait de reconnaître à l'interruption médicale de grossesse son caractère personnel et organiser son exercice en conséquence. La mineure se verrait reconnaître une autonomie personnelle avec le soutien du médecin comme pour l'interruption volontaire de grossesse. La législation met en place un régime artificiellement complexe qui ne fait que préserver l'illusion d'une

¹ Art. R. 4124-42 CSP ; art. 43 Code de déontologie médicale.

² *Ibid.*

³ Art. R. 4127-42 al. 2 CSP, même si en principe, dans ce cas c'est le manque de temps lié à l'urgence qui empêche le médecin d'obtenir le consentement du parent ce qui l'autorise à s'en dispenser.

⁴ Art. R. 4127-42 al. 3 CSP, « si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible. »

⁵ Art. R. 4127-43 CSP et art. 43 du Code de déontologie médical.

⁶ Qui n'a pas encore la personnalité juridique.

⁷ L'enfant à naître n'est pas encore protégé en tant que personne, faute de personnalité juridique distincte de sa mère, qui pourra quant à elle éventuellement connaître d'autres maternités.

intervention de l'autorité parentale, car en pratique, la mineure est seule en mesure de décider, ce qui contribue à l'idée de l'existence d'une sphère d'autonomie en matière personnelle.

73. Si cette première éventualité reste éloignée de tout choix portant sur un projet parental, le second motif y est fortement lié. Dans le cas d'une décision d'avortement prise en raison de l'affection dont souffre le fœtus¹, la place reconnue à l'autorité parentale et de ce fait au parent semble contraire au raisonnement avancé par le législateur à l'égard de l'interruption de grossesse pour motif personnel. Il est étonnant d'admettre que les parents de la femme enceinte, puissent en dehors de tout risque pour sa santé décider si elle peut ou non mettre au monde un enfant souffrant d'un handicap et donc décider indirectement si elle peut ou non en devenir la mère. Le Conseil d'État a qualifié la décision prise par la femme dans le cadre d'une interruption médicale de grossesse de « choix de vie personnelle »². L'article L. 2131-1 du Code de la Santé publique prévoit qu'« en cas de risque avéré, la femme enceinte et, si elle le souhaite, l'autre membre du couple sont pris en charge par un médecin et, le cas échéant ou à sa demande, orientés vers un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal ». Cette référence à la « demande de la femme enceinte » semble encore ici insuffisante pour en déduire un exercice autonome par une personne mineure. En l'absence de cet exercice par le titulaire du droit, la décision est prise selon les règles du droit commun comme pour les actes qui y sont liés. De fait, c'est à ses père et mère titulaires de l'autorité parentale et de la représentation légale de consentir ou de refuser la réalisation d'un tel diagnostic prénatal, nécessaire pour détecter les éventuelles affections dont souffre l'enfant à naître³. Dans le cas d'un refus, le médecin ne pourra passer outre car le danger ne concerne pas la mère directement. Cette absence de danger caractérisé empêche de faire appel au juge des enfants pour contourner le refus parental et procéder à l'examen. Dans le cas où les parents ont accepté l'examen prénatal et que celui-ci révèle l'existence d'une affection, la décision de l'interruption devrait revenir aux père et mère géniteurs de l'enfant. La question du choix parental, pourtant au centre des préoccupations en matière de contraception et de l'interruption pour motif personnel, est ici totalement occultée lorsqu'il s'agit d'une personne mineure. Ce sont les parents de la jeune fille⁴ qui vont estimer si oui ou non leur enfant peut mener sa grossesse à son terme et indirectement si celle-ci est en mesure de devenir la mère d'un enfant handicapé⁵ et s'ils acceptent l'éventualité de devenir les grands-parents de cet enfant⁶. La place légale accordée à la future mère est ici limitée à une participation en fonction

¹ Ex. : la trisomie 21, la mucoviscidose, l'existence de malformations fœtales, de maladies génétiques dont serait atteint l'enfant à naître ouvre le droit à l'IMG.

² V. CE n° 384691, 10 novembre 2016, pub. *Lebon, op. cit.*

³ Art. L. 2131-1 al. 1 CSP : « Le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité. »

⁴ Les parents d'un père mineur ne peuvent intervenir en l'espèce car ils ne disposent d'aucun droit sur la personne de la parturiente.

⁵ Ex. : le cas d'un fœtus atteint de mucoviscidose, de trisomie 21, d'une malformation.... La pathologie ou le handicap n'a pas à être mortel... Ils doivent seulement ne pas pouvoir faire l'objet d'un acte médical permettant d'y remédier en l'état actuel de la science. Pour autant, ce qui est impossible en l'état actuel pourrait l'être dans l'avenir. Pour cette raison, la décision du parent est cruciale et ne peut lui échapper.

⁶ Ce qui rend les grands-parents débiteurs d'une obligation alimentaire à son égard dès lors que le parent n'est pas en mesure d'en assumer son obligation d'entretien, v. *infra* n°s 155 s.

de son degré de maturité, sans que l'obtention de son consentement soit déterminante. Un choix qui devrait relever de la vie personnelle échappe aux femmes en raison de leur seule minorité. La loi se trouve ici encore en décalage avec la pratique médicale qui souhaite mettre le plus tôt possible les futurs parents face à leurs responsabilités¹ et qui, sauf danger pour la santé de la mineure, ne réaliseront pas l'interruption médicale de grossesse sans son accord de peur d'agir en dehors du cadre légal². Le choix opéré par le législateur en ce domaine s'explique difficilement, confronté à l'argumentaire déployé à l'égard de l'interruption pour motif personnel et de la nécessité d'offrir le choix de la maternité à toutes les femmes, quel que soit leur âge. Les risques de dérive en abus de droit se montrent ici tout aussi importants que ceux constatés en matière personnelle³. Le caractère facultatif du consentement de la femme enceinte et l'absence de garde-fou lors de sa délivrance expose la mineure à d'éventuelles pressions familiales.

74. Pour retrouver une cohérence dans le domaine de l'interruption volontaire, il conviendrait de prévoir une transposition des dispositions prévues à l'article L 2212-7 du Code de la Santé publique à l'interruption médicale de grossesse. Ici, le rôle attribué à l'autorité parentale ne se justifie aucunement. Cette évolution est envisagée dans le cadre de l'article 21 du projet de loi relatif à la bioéthique⁴, qui prévoit de clarifier la situation des mineures non émancipée ayant recours à une interruption médicale de grossesse, en l'harmonisant avec les dispositions sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif personnel⁵. Cette solution a reçu l'avis favorable du Conseil d'État⁶. Cette évolution est justifiée, car le risque pour la santé de la mère implique de sauver celle-ci, le parent n'est pas entièrement libre dans sa décision, car lié à la demande de la femme confortée par l'avis médical. Pour le handicap de l'enfant à naître, le parent de la parturiente n'a pas vocation à faire le choix de la maternité à sa place, sauf à contredire la cohérence des règles qui existent sur la question et qui conduisent à reconnaître un exercice autonome des droits liés à la maternité ou la paternité. Maintenir ces décisions dans le cadre de l'autorité parentale et inciter les mineurs à s'en écarter afin d'obtenir l'autonomie requise pour réaliser

¹ J-C Weber, C. Allamel-Raffin, T. Rusterholtz, I. Pons, I. Gobatto, « Les soignants et la décision d'interruption de grossesse pour motif médical : entre indications cliniques et embarras éthiques », *Sciences sociales et santé*, 1/2008 (vol. 26), pp. 93-120 : « si on pose directement la question : "à qui revient la décision de l'IMG ?", les soignants rencontrés répondent en majorité de manière consensuelle : "aux parents" ».

² Notamment en raison d'une confusion dans les protocoles de prise en charge entre les différents régimes de l'IVG dans le cas des mineures ainsi que la transposition à l'IMG de l'article 2212-4 al. 2 CSP qui ne concerne en principe que le motif personnel.

³ V. *supra* nos 64 s.

⁴ Projet de loi, n°2187, relatif à la bioéthique, 24 juillet 2019, art. 21.

⁵ Ce projet prévoit de modifier l'article L. 2213-2 du Code de santé publique sur le modèle que l'article L 2212-7, dès lors : « si la femme est mineure non émancipée, le consentement de l'une des personnes investies de l'exercice de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est recueilli avant la réalisation d'une interruption volontaire de grossesse pour motif médical. Si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin doit s'efforcer, dans l'intérêt de celle-ci, d'obtenir son consentement pour que l'une des personnes investies de l'exercice de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ou doit vérifier que cette démarche a été faite. Si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption de grossesse pour motif médical ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix. »

⁶ CE, ass. gén., avis sur le projet de loi relatif à la bioéthique, n°397.993, 18 juillet 2019, NOR : SSAX1917211L, spéc. n°60. Le Conseil estime toutefois regrettable l'absence d'un délai de réflexion pour la femme.

des choix que la jurisprudence, comme la loi considèrent être des décisions éminemment personnelles, l'évolution envisagée dans le cadre de la révision des lois bioéthique permet d'instaurer une cohérence entre les régimes juridiques de ces deux interventions.

Section 2 : La reconnaissance d'un droit à l'intimité des mineurs

75. Le droit recherche un équilibre entre d'un côté la nécessité de préserver l'autorité des parents sur leur enfant et de l'autre celle de lui reconnaître l'autonomie requise pour l'exercice effectif des droits éminemment personnels liés à son intimité¹. Cette recherche conduit à maintenir coûte que coûte l'autorité parentale pour finalement en marginaliser le rôle, que ce soit à l'égard de la contraception ou de l'interruption de grossesse pour motif personnel. L'autonomie obtenue en trompe-l'œil par la mineure ne suffit pas pour assurer l'exercice de ses droits et l'implication du parent dans l'intimité de l'enfant peut devenir problématique. L'existence d'une sexualité naissante, l'avenir d'une grossesse peuvent dans certains contextes culturels intrafamiliaux s'avérer dangereux pour l'enfant si le parent venait à en avoir connaissance². Il est important d'accorder de manière exceptionnelle à l'enfant la possibilité de dissimuler son intimité aux yeux de ses parents par le voile du secret. Le mineur pourra exercer personnellement ses droits en invoquant le secret médical, ses parents étant tenus dans l'ignorance de son état (§ 1). Cette exception à l'autorité parentale confère au mineur une véritable sphère d'autonomie qui lui permet de gouverner sa personne en réalisant ses propres choix de vie. L'effectivité de cette autonomie décisionnelle acquise sur l'autorité parentale demeure fortement conditionnée aux informations délivrées à son intention concernant l'existence de ses droits et ses modalités d'exercice (§ 2).

§ 1 : Le droit à une sphère d'intimité garantie par le secret médical

76. La mineure bénéficie à l'égard de sa maternité d'une autonomie qui lui est reconnue soit explicitement par la loi, soit implicitement par la marginalisation de l'autorité parentale. Dans certaines circonstances, le mineur peut souhaiter que ses parents soient tenus dans une ignorance absolue de son état et de ses besoins, que ce soit en matière de contraception, d'interruption de grossesse ou encore de filiation³, à plus forte raison lorsque la question de la sexualité est une source potentielle de tensions familiales⁴. Si des parents utilisent leurs droits pour punir l'enfant au détriment de la protection ; s'ils agissent contre ses intérêts ; si sans chercher à comprendre ils tentent de faire échouer ses choix ; le

¹ V. J.-J. Lemouland, *Droit de la famille, couple et parenté*, *op. cit.*

² Rapport Uzan, *op. cit.*, point n° 3, p. 28.

³ V. *infra* nos 111 s.

⁴ V. rapport de l'IGAS sur *L'accès gratuit et confidentiel des mineures*, n° 2014-167R, avril 2015, p.28, n° 68 ; F. Maillochon : « Premières relations sexuelles et prises de risque » *L'éclairage des enquêtes statistiques réalisées en France, Agora débats/jeunesses*, 2012/1, n° 60, p.59-66 ; M. Bozon, « Autonomie sexuelle des jeunes et panique morale des adultes - Le garçon sans frein et la fille responsable », *Agora débats/jeunesses*, 2012/1 n° 60, p.121-134 ; « Enquête Fécond » réalisée en 2010 par l'Inserm, afin d'analyser différents enjeux en santé sexuelle et reproductive (contraception, grossesse non prévue, avortement, infertilité, dysfonctions sexuelles) en France : « Discuter du sujet de la sexualité ou de la contraception avec sa mère/son père à 15 ans ». Sur la question des violences, v. : M. André, rapport d'information n° 408 (2009-2010), *Mariages forcés, crimes dits d'honneur*, fait au nom de la délégation aux droits des femmes, déposé le 16 avril 2010 disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/rap/r09-408/r09-408.html>. [consulté le 1^{er} octobre 2019]

secret est ici un moindre mal¹. L'autonomie personnelle reconnue par ce biais à tous les mineurs, quel que soit leur sexe, leur donne la possibilité de décider librement de l'avenir de leur maternité ou de leur paternité. Cette ignorance du parent aura pour effet de rendre les enfants autonomes sur les décisions et les actes nécessaires à l'exercice de leurs droits personnels (A). Ce droit demeure encore imparfait dans son exercice, et plus particulièrement en ce qui concerne la prise en charge. Faute d'une continuité dans le secret, les mineurs encourent le risque d'une information indirecte de leurs parents sous peine de provoquer un retour de l'autorité parentale (B).

A- L'exercice des droits du mineur dans le cadre du secret médical

77. Le choix de la mineure confrontée aux conséquences de sa sexualité se traduit principalement par des décisions médicales, lesquelles aboutissent à la réalisation d'actes médicaux². Le droit spécial de la santé est sur ce point en conformité avec les dispositions du Code civil encadrant l'exercice de l'autorité parentale. L'article L. 1111-2 du Code de la Santé publique désigne explicitement le parent comme le premier destinataire des informations portant sur la santé de son enfant, essentiel pour une décision et un consentement libre et éclairé aux actes médicaux pris dans l'intérêt de l'enfant. Le secret médical consacré à l'article L. 1110-4 Code de la Santé publique ne peut être opposé aux parents, car la loi leur reconnaît le droit et l'obligation d'intervenir dans la vie privée et l'intimité de leur enfant³. Ce droit d'ingérence est renforcé par son caractère portable, car le médecin « appelé à donner des soins à un mineur doit s'efforcer de [les] prévenir »⁴ afin que le parent qui n'aurait pas été informé spontanément, puisse exiger du médecin ces informations⁵ par un accès direct au dossier médical de l'enfant⁶. L'application stricte de ce principe conduit à informer le parent non seulement de l'existence d'une sexualité active, mais également d'une éventuelle maternité. Cette seule information du parent peut dissuader la mineure de recourir aux soins rendus nécessaires par son état⁷. Dans ce cas, seuls le secret médical et l'autonomie qui en résulte garantissent l'intérêt de l'enfant, qui n'a plus de motif légitime pour refuser sa prise en charge. Le secret octroie au mineur une autonomie personnelle pour préserver son intimité (1). Cette autonomie a été pensée comme une exception à l'autorité parentale. L'opposition du secret demandée par le mineur est encadrée pour préserver l'équilibre entre l'autorité parentale et leur droit au respect de leur intimité (2).

¹ « Environ un cinquième des mineures souhaitent garder le secret vis-à-vis de leurs parents pour ce qui concerne leur sexualité ou leur utilisation de contraceptifs » : rapport IGAS sur *L'accès gratuit et confidentiel des mineures*, *op. cit.*, p. 33, n° 88 ; (il convient de noter que cette estimation ne peut être qu'une fourchette basse, car la mission de l'IGAS n'a pu tenir compte des achats directs de contraceptifs qui ne laissent que peu de trace sur l'identité et donc l'âge de l'acheteur).

² Art. L. 1111-4 CSP.

³ V. C. Quennesson, *Mineur et secret*, thèse dactyl., Bordeaux, 2017, spéc. n°s 434 s., pp. 361 ss.

⁴ Art. 42 Code de déontologie médicale repris à l'article R. 4127-42 du CSP.

⁵ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 606.

⁶ Art. L. 1111-7 al. 5 CSP ; S. Renard, E. Péchillon « Accès au dossier médical du mineur », *Droit en pratique*, *Rev. Santé Mentale*, février 2017, n° 215, pp. 8 et 9.

⁷ V. rapport de l'IGAS sur *L'accès gratuit et confidentiel des mineures*, *op. cit.*

1. La reconnaissance d'une sphère d'autonomie personnelle des mineurs par le secret médical

78. C'est dans le cadre de la législation sur la contraception avec la loi du 4 décembre 1974 qu'a été évoqué pour la première fois le droit des mineurs à opposer le secret à leurs parents. L'article 2 de cette loi autorisait les centres de planification familiale à délivrer des contraceptifs sur prescription médicale « aux mineurs désirant garder le secret »¹, sans apporter plus de précision sur les modalités de ce droit. Cette référence au secret a été abandonnée en 2000 pour la contraception d'urgence, puis en 2001 pour la contraception régulière, en même temps que la nécessité d'un accord parental. Comme l'intervention du parent n'était plus obligatoire, car le mineur pouvait exercer personnellement ses droits, le recours au secret ne se justifiait plus. Le secret en matière de contraception est réapparu en 2012², à l'alinéa 2 de l'article L. 5134-1 du Code de la Santé publique selon lequel : « la délivrance et la prise en charge de contraceptifs sont protégées par le secret pour les personnes mineures. ». Cette disposition a été généralisée par la loi du 26 janvier 2016³ à « la délivrance de contraceptifs, la réalisation d'examens de biologie médicale en vue d'une prescription contraceptive, la prescription de ces examens ou d'un contraceptif ». La loi renonce au secret sur demande au profit d'un secret automatique⁴. La contraception quitte définitivement le domaine de l'autorité parentale pour la sphère d'intimité personnelle, quel que soit l'âge ou le sexe du mineur⁵. La maturité est ici présumée et la capacité juridique est reconnue pour réaliser les actes médicaux, faute d'information, les parents ne peuvent exercer l'autorité parentale. Bien que cette disposition soit apparue dès 1974, elle n'a pas été étendue à tous les actes impliquant une décision strictement personnelle touchant à la sexualité et à la filiation⁶ qui sont demeurés soumis à l'autorité parentale jusqu'au début des années 2000.

79. Cette première exception ouvre une réflexion sur l'intérêt de maintenir l'autorité parentale dans des domaines aussi personnels et conflictuels touchant à la sexualité des mineurs. Le 6 mars 2000, le

¹ Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, *op. cit.*

² Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012, sur le financement de la sécurité sociale de 2013, art. 52, *JO* 18 décembre 2012, p. 19821.

³ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JO* 27 janvier 2016.

⁴ Or il semble que ce caractère automatique n'ait pas été pris en compte par les praticiens car ils font référence à la volonté de la mineure de bénéficier du secret ou non (v. J.-P. Rivière « contraception gratuite pour les mineures de 15 à 17 ans » du 5 juillet 2016 disponible sur le site [vidal.fr](http://www.vidal.fr) [consulté le 26 septembre 2019] et vu à ce jour par 16 100 lecteurs), l'auteur ajoute donc une condition non prévue par la loi, en contradiction avec la volonté du législateur et l'esprit dans lequel le texte fut adopté et qui souhaitait faire du secret de la contraception un automatisme que la mineure en fasse ou non la demande : « Dans le même esprit, nous renforçons l'accès des mineures à la contraception, déjà entièrement prise en charge par l'assurance maladie depuis 2013. La consultation, la prescription et les analyses biologiques qui y sont liées seront désormais gratuites et confidentielles. » Compte rendu de la Commission des affaires sociales, projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 - Audition de Mme Marisol Touraine, ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2016. Cette volonté de confidentialité à l'égard de la contraception existe depuis la LFSS de 2013 repris au sein des recommandations de la HAS qui rappelle que dans ce cadre « L'adolescente sera reçue de préférence sans ses parents. Si l'adolescente est accompagnée par ses parents, proposer un temps de la consultation uniquement avec elle. L'entretien est confidentiel, ce dont l'adolescente doit être informée. », HAS fiche mémo « Contraception chez l'adolescente », juillet 2013, mis à jour en janvier 2015.

⁵ Ce retour de la législation vers le secret, souligne que dans certaine situation, l'autonomie seule ne suffit pas à prémunir l'enfant. Elle va bien sûr lui permettre de bénéficier des soins que son parent aurait éventuellement refusés, l'autonomie ne le protégeant pas des réactions du parent qui pourrait être informé de ses décisions, ce que le secret permet d'éviter. L'enfant bénéficie des soins nécessaires et de la garantie que ses décisions n'auront peu ou pas de conséquence sur ses relations familiales.

⁶ Ce qui aurait inclus l'IVG pour motifs personnel et médical ainsi que la prise en charge des maladies sexuellement transmissibles (telles que le VIH...).

Conseil National du SIDA a émis un premier rapport sur l'état du droit et son évolution possible à l'égard de « l'accès confidentiel des mineurs adolescents aux soins »¹. Le Conseil ne restreint pas son constat à la situation des mineurs qui découvrent leur séropositivité mais envisage toutes les situations pour lesquelles ils préféreraient renoncer aux soins plutôt que de risquer d'informer leurs parents de leur état de santé. Parmi ces décisions, nous retrouvons la question de l'interruption volontaire de grossesse pour motif personnel². Si le médecin était tenu au secret médical, dissimulant la visite de l'enfant à ses parents, il n'était pas possible de prendre de décision sans leur consentement, sauf dérogation légale. Le secret s'inclinait systématiquement devant l'autorité parentale dès qu'un diagnostic imposait la réalisation de soins ou l'hospitalisation du mineur. Cette législation plaçait le praticien dans une situation délicate, soit il accédait à la revendication du mineur et le soignait sans prévenir ses parents, dans l'illégalité la plus totale, soit il n'accédait pas à la demande du mineur, ce qui revenait à prendre le risque de briser la confiance dans l'action du médecin. Le mineur aurait pu préférer renoncer aux soins s'il avait considéré ne pas pouvoir se passer de la confidentialité³. L'ouverture d'une autonomie contraceptive conduisit le Conseil National du SIDA à observer qu'elle devrait être étendue à toutes les décisions et les actes relevant du domaine de la sexualité, du dépistage, de la reproduction et de la maternité. La situation des mineur(e)s devenait paradoxale avec « une législation qui, d'un côté, reconnaît une sexualité à la mineure, qui lui rend accessible gratuitement et anonymement la contraception, et qui lui confère l'autorité parentale si elle choisit de poursuivre sa grossesse, mais qui, d'un autre côté, lui interdit de choisir de manière autonome de recourir à une IVG, choix qui engage son avenir, et la contraint de révéler à ses parents qu'elle a une vie sexuelle. »⁴. La décision médicale⁵, comme l'acte⁶ nécessitent que la personne soit libre de ses choix, or il n'y a pas d'autonomie sans liberté et pas de liberté sans confidentialité⁷ en raison de l'atteinte que représentent les pressions familiales sur la décision du mineur. Cette situation est incohérente, car elle conduit à refuser que le secret soit

¹ Conseil National du SIDA, rapport *sur l'accès confidentiel des mineurs adolescents aux soins*, rapport suivi d'un avis et de recommandations du 6 mars 2000.

² « Des revendications équivalentes sont exprimées par des mineurs adolescents, garçons ou filles, par exemple lorsqu'ils sont confrontés à d'autres pathologies (comme les maladies sexuellement transmissibles ou les effets de l'usage de substances psychoactives), ou lorsqu'ils ont besoin de recourir à une interruption volontaire de grossesse. Dans ces situations, certains mineurs refusent la révélation du besoin de soins à leurs parents, notamment parce qu'ils craignent leur réprobation à l'égard des pratiques qui ont rendu nécessaire les soins, ou bien parce qu'ils croient qu'une telle révélation pourrait être préjudiciable à leur santé et/ou à la place qui leur est reconnue dans leur famille. Les demandes de confidentialité de la part des mineures sont en particulier suffisamment fréquentes dans le cas des IVG pour que plusieurs voix, dans le cercle restreint des spécialistes mais aussi au-delà, aient réclamé un ajustement du cadre juridique. » Conseil National du SIDA, rapport du 6 mars 2000 *op. cit.*, p. 3.

³ *Ibid.*, p.3 et 4 ; le choix était difficile car « ces mineurs sont considérés comme mûrs sur le plan psychique par les professionnels auxquels ils s'adressent : le sentiment des professionnels de santé ne serait pas celui du désarroi s'ils ne considéraient pas que les mineurs qu'ils rencontrent disposent du discernement nécessaire pour être en mesure de distinguer ce qui est bon pour eux-mêmes de ce qui ne l'est pas. Le désarroi des professionnels de santé provient précisément du fait qu'ils sont convaincus que la confidentialité revendiquée par l'adolescent est légitime et utile dans l'intérêt de l'adolescent lui-même, sur le plan de sa prise en charge sanitaire mais aussi, dans bien des cas, sur le plan de sa situation familiale et sociale. » (spé. p. 3).

⁴ Conseil National du SIDA, rapport du 6 mars 2000 *op. cit.*, p. 8.

⁵ Art. L.1111-4 al. 1 CSP : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. »

⁶ *Ibid.* al. 4 CSP : « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. »

⁷ Rapport Nizand de 1999, *op. cit.*, p. 25, note 67 : « le rapport estime que la solution réside dans « l'affirmation d'un droit propre de la jeune fille à décider de l'IVG en lui garantissant la confidentialité de sa décision ».

opposable aux parents, alors que leur information représente un danger pour l'enfant et porte atteinte à ses intérêts. Le secret est en principe institué dans l'intérêt exclusif du patient et donc du mineur¹. Ce constat souligne la nécessité de reconnaître aux mineurs l'exercice d'un secret médical opposable aux père et mère. Cet exercice strictement personnel du secret sera reconnu en matière d'interruption de grossesse pour motif personnel en 2001² à l'article L. 2212-7 du Code de la Santé publique qui envisage la « possibilité de déroger à l'obligation d'autorisation parentale pour pratiquer une IVG sur une mineure, lorsque le dialogue avec la famille s'avère impossible, l'interruption de grossesse pourra être réalisée sur la seule demande de la mineure. »³, puis en 2002, sur toutes les décisions et actes médicaux requis par l'état de santé de l'enfant. Pour que cette autonomie demeure une exception son utilisation fait l'objet d'un encadrement légal pour qu'elle ne puisse pas prendre le pas sur le principe de l'autorité parentale.

2. *Le droit au secret médical, une limite de l'autorité parentale*

80. Le droit au secret médical opposable aux parents n'est effectif qu'à condition que le mineur formule explicitement cette demande lors d'un entretien préalable avec le médecin. Contrairement à la contraception, la confidentialité n'a pas ici de caractère automatique pour préserver le principe de l'autorité parentale et l'information des parents⁴. Le secret demeure l'exception qu'il convient de réserver aux situations dans lesquelles la révélation fait courir un discrédit au mineur dans son environnement social et familial⁵. Le médecin doit toujours s'efforcer de le convaincre de la nécessité d'informer ses parents de sa situation pour revenir au droit commun et à l'exercice normal de l'autorité parentale. Cette disposition offre un temps de réflexion qui, en cas de réitération, souligne la fermeté de la décision prise par le mineur et la réalité des craintes évoquées sur les conséquences en cas d'information de ses parents. Cette demande de secret peut également révéler au professionnel un dysfonctionnement dans l'exercice de l'autorité parentale, offrant une ouverture pour y remédier et rétablir le lien entre l'enfant et ses parents. Le secret devient paradoxalement un moyen permettant de

¹ Art. R. 4127-4 CSP (art. 4 Code de déontologie médicale) : « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi ».

² Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *op. cit.*

³ M. Liginères-Cassou, rapport n° 2977, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, 12 avril 2001, *Assemblée nationale*.

⁴ Même si ce principe relève du mécanisme de l'assistance et non plus de l'autorité ; v. *supra* nos 59 s.

⁵ V. sur la notion de discrédit : E. Goffman, *Stigmate. Les usages sociaux du handicap*, Les Éditions de Minuit, [1963], 1975. : « Est stigmate, dans une interaction entre deux personnes, tout écart existant entre l'identité sociale "virtuelle" et l'identité sociale "réelle". La première dépend des attentes normatives de chacune de ces personnes quant aux attributs que devrait posséder l'autre ; la seconde est déterminée par les attributs réellement possédés par l'autre. » E. Goffman distingue parmi les individus porteurs d'un stigmate ceux qui sont « discrédités » et ceux qui sont « discréditables » : « Alors que les individus « discrédités » (par exemple les aveugles) ne peuvent masquer leur stigmate et se donnent pour tâche, dans l'échange social, d'amoindrir la tension (le malaise, notamment) qu'il ne manque pas d'engendrer, le stigmate des individus « discréditables » n'est au contraire pas immédiatement perceptible dans l'échange social ; par conséquent, le problème qui se pose à eux est de maîtriser tout ce qui pourrait le révéler, et nuire à la qualité de l'échange, sinon à la place même qui leur est reconnue dans l'échange. » (citation reprise au sein du rapport élaboré par le C.N. SIDA du 6 mars 2000 qui conclut qu'« À l'évidence, la situation d'un mineur qui veut être soigné à l'insu de ses parents pour une pathologie ou un état consécutif à des pratiques relevant de son intimité est celle d'un individu "discréditable" : ses pratiques sexuelles ou addictives ne sont pas connues de ses parents, et il entend qu'elles ne le soient pas, par peur de subir l'opprobre familial, voire d'être exclu du cercle familial. »).

restaurer l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. En matière d'interruption de grossesse, ce n'est qu'après deux refus successifs d'informer les parents que l'intervention pourra être réalisée à la demande du mineur sous réserve qu'il soit accompagné par une personne majeure de son choix¹. Contrairement aux débats parlementaires, la notion d'accompagnement retenue ne fait pas référence à l'assistance juridique², car elle supposerait que cette personne majeure autorise la décision de l'enfant en le représentant dans les actes médicaux. Son rôle a été limité à un accompagnement matériel³ et moral⁴, le majeur accompagnant n'ayant pas vocation à se substituer aux représentants légaux, ni aux titulaires de l'autorité parentale.

81. Une fois accordé, le secret médical restreint l'accès des parents aux informations contenues dans le dossier médical de leur enfant. S'ils ne peuvent se voir opposer une fin de non-recevoir concernant l'intégralité du dossier, sauf à porter une atteinte absolue et disproportionnée à l'autorité parentale, le médecin ou l'établissement de santé peut en retirer les éléments ayant fait l'objet d'une demande de secret. Le mineur peut demander à ce que la consultation de son dossier se fasse exclusivement par l'intermédiaire d'un médecin choisi par les parents. Ces dispositions ont été largement étendues par la loi du 4 mars 2002⁵ dans l'article L. 1111-5 et 1111-5-1 du Code de la Santé publique à toutes décisions médicales devant être prises lorsque l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention⁶ s'impose pour sauvegarder la santé de la personne mineure. Les articles ne font aucune référence aux actes médicaux liés à ces décisions. Il s'agit manifestement d'un oubli du législateur qui ne distingue pas entre la décision qui dépend de l'autorité sur la personne et les actes médicaux qui impliquent une représentation légale. Les actes juridiques sont liés aux décisions prises par l'enfant avec le médecin, ce qui signifie que, sauf à faire appel aux parents pour représenter l'enfant et les informer de son état, les actes seront également soumis au secret médical.

82. Comme en matière d'interruption de grossesse pour motif personnel, le secret médical n'est opposable aux titulaires de l'autorité parentale qu'à condition que le mineur réitère sa demande et que le professionnel de santé ait tenté de l'en dissuader. La persistance du mineur dans son refus d'informer ses parents donne la possibilité de réaliser les soins pour la préservation de sa santé avec son seul consentement, à condition qu'il soit également accompagné d'une personne majeure de son choix. Cette extension permet à tous les mineurs de bénéficier d'une autonomie personnelle circonstanciée pour

¹ Cette notion de choix laissé à la mineure vise à ouvrir largement le droit au secret en évitant que cette personne soit nécessairement de sa famille. Ce choix laisse présumer une confiance octroyée par la mineure pour garantir l'effectivité de son secret et le respect de son choix. Il peut s'agir d'un parent au sens large du terme (frère sœur tante...), de l'amant de la mineure, d'un des parents de ce dernier, d'un professionnel de santé (à condition qu'il ne fasse pas partie de l'équipe réalisant l'acte médical) ou de l'enseignement, d'un membre d'une association, etc...

² Sur le recours à l'assistance en matière d'IVG, v. *supra*, n°s 59 s.

³ La notion d'accompagnement (v. *infra* n°s 772 s.), implique aussi l'aspect du transport physique de la mineure sur le lieu de l'intervention car elle ne dispose pas encore d'un permis de conduire lui permettant de se rendre facilement d'un lieu à un autre.

⁴ Ce que ses parents ne sont pas en mesure de faire en raison de leur mise à l'écart.

⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO, 5 mars 2002 p. 4118.

⁶ Précision apportée par la loi n° 2016-41 de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 dans son article 7.

préserver leur intimité d'une ingérence parentale, sans pour autant consacrer de véritable prémajorité sanitaire. En sollicitant le secret sur sa grossesse, la mineure est en mesure de décider de son avenir y compris lorsque l'enfant à naître souffre d'une pathologie incurable¹. L'autonomie conférée par le secret lui permet d'exercer personnellement ses droits sans se heurter à l'autorité parentale, les parents étant tenus dans l'ignorance de la nécessité de leur intervention. L'autonomie par le secret médical, demeure imparfaite², car la prise en charge du mineur repose sur des mécanismes de protection sociale qui font de lui l'ayant droit de ses parents. Le recours à ces mécanismes peut conduire à révéler indirectement l'état de santé de l'enfant à ses parents. Une fois informés, ils pourront demander que le personnel médical respecte les droits qu'ils détiennent sur l'enfant et imposer leur décision, au risque de remettre en question le choix éminemment personnel du mineur, et l'exposer au danger dont le secret devait le préserver.

B- Les limites du secret lors de la prise en charge médicale du mineur

83. Pour que le secret puisse offrir un exercice personnel des droits par leur titulaire et respecter son intimité, il convient de surmonter la vulnérabilité du mineur en compensant sa dépendance à ses parents dans toutes ses composantes. En l'absence de ressources personnelles, la prise en charge sanitaire des mineurs incombe à leurs parents dans le cadre de leurs obligations de protection et d'entretien. L'enfant apparaît dans les mécanismes juridiques de solidarité comme l'ayant droit de ses parents qui, par ce biais, sont informés des soins réalisés sur l'enfant. L'autonomie des patients les plus jeunes implique une prise en charge financière autonome lorsqu'ils sont amenés à exercer personnellement leurs droits (1). Si le législateur s'est rendu compte de cette difficulté, il existe encore des disparités. Contrairement à l'exercice de leurs droits, l'autonomie de leur prise en charge est conditionnée à un seuil d'âge. Ce dernier crée une disparité de traitement à l'égard des mineurs qui, suivant leur âge, ne pourront bénéficier de l'effectivité du secret médical, faute de s'étendre à leur prise en charge (2).

1. De la prise en charge parentale à l'autonomie financière du mineur

84. En raison de son âge, l'enfant n'a pas encore constitué un patrimoine suffisant pour assurer son autonomie financière. Il revient donc à ses parents d'assurer son entretien en finançant les actes juridiques rendus nécessaires par la préservation de ses intérêts³. En matière de santé, la prise en charge des actes médicaux repose sur la rémunération de l'activité professionnelle qui constitue un préalable pour être rattaché à titre personnel à la sécurité sociale et bénéficier du remboursement des soins. Sauf

¹ Sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif médical, v. *supra* n°s 70 s.

² V. sur les difficultés des médecins à respecter le secret professionnel : C. Roche Dominguez, « Le secret médical chez les patients mineurs », *JDJ*, 2012/3, n° 313, pp. 25-29.

³ V. sur l'obligation d'entretien *infra* n°s 147 s.

dans l'éventualité d'un contrat d'apprentissage, les mineurs n'exercent pas d'activité professionnelle permettant cette affiliation. Ils ne bénéficient donc pas d'une prise en charge autonome de leurs soins. Celle-ci s'effectuera grâce à leur statut d'ayant droit de l'un de leurs parents¹. Ce statut crée une brèche dans le dispositif du secret médical exercé par un mineur². Par sa qualité d'« assuré ouvrant droit », le parent est informé de toutes décisions prises sur son enfant chaque fois qu'elles se traduisent par des actes médicaux dont le remboursement figure sur les relevés qui lui seront adressés par la sécurité sociale et sa complémentaire santé. L'exercice personnel du secret a pour finalité de permettre aux mineurs d'exercer leurs droits sexuels et reproductifs sans risquer l'ingérence ou les pressions de leur entourage. Or, cette volonté et les efforts réalisés en ce sens sont restreints par le manque de confidentialité lors de la prise en charge. Le statut d'ayant droit est en totale contradiction avec les dispositions visant à garantir l'autonomie des mineurs en matière médicale.

85. Pour remédier à cette incohérence, plusieurs solutions ont été élaborées. En matière d'interruption de grossesse, le législateur a prévu en 2001³ une prise en charge autonome des mineures dans le cadre du secret médical. Ses parents ne peuvent être informés ni directement par le médecin ni indirectement par l'assurance maladie de l'état de santé de leur enfant. Les dépenses engagées à l'occasion des actes réalisés sans l'accord des parents pour interrompre une grossesse (pour motif médical ou personnel) sont assumées intégralement par l'État⁴. Cette prise en charge étatique permet de garantir l'effectivité de l'anonymat de ces jeunes filles, les assurances rendant compte directement à l'État et non plus aux parents. Le décret du 3 mai 2002⁵ a organisé les modalités pratiques de cette prise en charge autonome pour les différentes consultations réalisées par la mineure, les frais d'hospitalisation ainsi que ceux afférents à l'acte d'interruption⁶. Les documents de remboursement font dans ce cadre

¹ Art. L. 160-2 CSS. Bien que depuis le 1^{er} janvier 2016 avec la création de la protection universelle maladie une personne majeure sans activité professionnelle n'a plus l'obligation d'être rattachée à un assuré ouvrant droit. Cette loi ne s'étend pas aux personnes de moins de 18 ans qui demeurent soumises à la qualité d'ayants droit de leurs parents.

² Selon le rapport de l'IGAS, d'avril 2015 relatif à l'accès gratuit et confidentiel à la contraception par les mineures, n° 2014-167R, qui reprend les chiffres de l'échantillon des bénéficiaires en 2013 (EGB), une base extraite du SNIIRAM (système d'information de l'assurance maladie) du régime général réalisé par la DREES, « 91 % des mineures de 15 à 17 ans sont ayants droit d'un de leur parent. Ce qui pose deux questions si elles souhaitent la confidentialité (d'après les hypothèses formulées par l'IGAS, environ 20 % ont besoin d'accéder à la contraception de façon confidentielle) : la mention d'un élément en lien avec la contraception sur le relevé des parents et la possession d'une carte vitale (propre ou, par emprunt, celle d'un de leur parent) pour bénéficier de la dispense d'avance de frais. Beaucoup ne possèdent pas de carte vitale en propre (parmi les 27,7 % de filles de 15-17 ans sexuellement actives, un tiers n'ont pas de carte vitale en propre). Une proportion non négligeable de mineures (ou leurs parents) n'a pas de complémentaire (environ 6 % des femmes de 15 à 24 ans d'après l'enquête ESPS 2008). » p. 38, n° 112.

³ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, JO, 7 juillet 2001, art. 20.

⁴ Art. L.132-1 CSS.

⁵ Décret n° 2002-799 du 3 mai 2002 « relatif à la prise en charge anonyme et gratuite des interruptions volontaires de grossesse pratiquées sur des mineures sans consentement parental », JO n° 105 du 5 mai 2002, p. 8661.

⁶ Article D. 132-1 CSS : « aucune demande de paiement ne peut être présentée à l'assuré ou à l'intéressée pour les dépenses relatives : aux consultations prévues à l'article L. 2212-3, L. 2212-5, au quatrième alinéa de l'article L. 2212-7 du Code de la Santé publique et à la consultation préanesthésique prévue par l'article D. 712-40 du même Code, aux frais de soins et d'hospitalisation afférents à une interruption volontaire de grossesse, aux frais afférents à une interruption volontaire de grossesse réalisée par un médecin ».

l'objet d'une anonymisation systématique¹ pour la garantie du secret et la confidentialité à l'égard de ses père et mère². La prise en charge de l'interruption de grossesse est aujourd'hui organisée « comme un élément à part entière de l'offre de soins. Les femmes qui désirent interrompre une grossesse non désirée ont le droit d'être prises en charge : la mise en œuvre du droit à l'IVG correspond à une obligation de service public »³. Ce dispositif ne doit pas se limiter à l'interruption de grossesse⁴, il doit également s'étendre à tous les actes médicaux effectués en amont comme en aval de cette intervention⁵. La prise en charge de l'État a été élargie depuis le 26 janvier 2016⁶ aux remboursements de tous les soins mis en œuvre lors du parcours de soins : des examens de biologie médicale, aux échographies de contrôle, sans omettre les consultations de recueil du consentement ainsi que toutes les investigations préalables à l'intervention⁷. Quinze ans après la reconnaissance de l'exercice d'un droit au secret opposable aux parents en matière d'interruption de grossesse, ce dernier est en passe de devenir effectif via la gratuité des actes médicaux⁸, quel que soit l'âge de la femme, lorsqu'ils sont réalisés dans le cadre du secret⁹. L'autonomie de la jeune femme n'est plus restreinte à l'acte d'interruption et s'étend aux décisions et actes qui en sont les attributs.

86. Concernant la contraception, le constat est similaire, si la loi du 4 juillet 2001 écarte la nécessité du consentement parental pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux mineurs, les modalités de prise en charge et notamment les circuits de remboursement ne permettaient pas le respect de la confidentialité des ayants droit. Par ce biais, le parent pouvait être informé des démarches réalisées par son enfant. « La crainte de voir figurer la trace d'une consultation et d'une prescription sur le relevé adressé par la caisse de sécurité sociale et/ou la mutuelle peut constituer un

¹ Art. D. 132-3 al. 4 et D. 132-4 al. 2 CSS ; art. D. 5134-3 CSP concernant la contraception d'urgence. Ces dispositions ont été étendues à toutes les femmes depuis la loi du 21 décembre 2012, art. 59, qui a créé l'article L. 160-14 CSS selon lequel la participation de l'assuré aux frais de ses prestations de soins peut être limitée ou supprimée dès lors qu'ils s'avèrent liés à une interruption volontaire de grossesse pour motif personnel ou pour motif médical. Notons que les problèmes de confidentialité liés au statut d'ayant droit d'un autre assuré ne touchent pas exclusivement les femmes mineures, mais aussi les jeunes adultes qui continuent de dépendre de leurs parents ainsi que les femmes sans activité professionnelle ayant droit de leur conjoint.

² Selon le décret, cette procédure devait concerner environ 750 jeunes filles chaque année.

³ L'IGAS dans un rapport rendu en octobre 2009 relatif à l'évaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des IVG suite à la loi du 4 juillet 2001 (RM2009-112P) p. 22.

⁴ Ont pu être constatés « des enfreintes à la gratuité, les jeunes filles ou les personnes accompagnantes étant parfois l'objet de pressions pour assumer financièrement le coût de l'IVG ; [ainsi que] des difficultés à assumer tout au long du processus le respect de la confidentialité et de l'anonymat » : IGAS rapport octobre 2009 *op. cit.* p. 23.

⁵ C. Courtelle, C. Quéré, rapport d'information n° 2592 réalisé au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre hommes et femmes, sur le projet de loi n° 2302, relatif à la santé, 18 février 2015. p. 65 : « La confidentialité n'est pas toujours assurée non plus, en particulier pour les mineures ou les jeunes majeures ainsi que pour les femmes ayant droit d'un assuré. En particulier, les relevés de remboursement de l'assurance maladie ne permettent pas d'assurer une totale confidentialité dans la mesure où une codification de l'acte d'IVG y est inscrite et les actes associés non pris en compte par le remboursement y figurent également ».

⁶ Loi n° 2016-41, 26 janvier 2016, JO 27 janvier 2016.

⁷ Le remboursement est établi sur la base de forfaits variables en fonction de l'établissement de santé ou de la durée de l'hospitalisation.

⁸ V. sur ce point : le rapport d'information n° 2592 réalisé au nom de la délégation aux droits des femmes *op. cit.*, spéc. p. 67 : « Le tarif et la prise en charge d'une IVG ».

⁹ Jusqu'à présent, l'assurance maladie utilise généralement pour se faire la procédure dite de « faux NIR » pour les mineures (Numéros d'Inscription au Répertoire ou plus communément désigné sous le nom de numéros de sécurité social). Cette inscription d'un faux numéro permet d'éviter l'identification de la personne ayant eu recours aux soins et cela sans pour autant bloquer le remboursement des soins dispensés.

véritable obstacle »¹ à l'exercice par les mineurs de leur droit à la contraception, alors même qu'il s'agit d'une démarche responsable qui s'inscrit dans un objectif de protection. Pour la contraception d'urgence, la prise en charge gratuite et sa confidentialité ont été prévues dès la loi du 13 décembre 2000² en même temps que l'exercice strictement personnel du droit. Les contraceptifs d'urgence pouvaient être prescrits ou délivrés à titre gratuit dans les pharmacies sur simple déclaration orale de la minorité³. Dans le cadre de ce dispositif, les dépenses liées à cette délivrance par les pharmacies sont prises en charge par le fonds national de prévention, d'éducation et d'information sanitaires géré par la Caisse Nationale d'Assurance Maladie (CNAMTS). La facture fait ici aussi l'objet d'une anonymisation⁴. Ce raisonnement a tardé à se mettre en place pour la contraception régulière⁵. Il faut attendre la loi de financement de la sécurité sociale de 2013 pour qu'un second alinéa soit inséré à l'article L. 5134-1 du Code de la Santé publique qui dispose que « la délivrance et la prise en charge de contraceptifs sont protégées par le secret pour les personnes mineures ». Au secret de la prise en charge médicale⁶ s'ajoute celui de la prise en charge thérapeutique, soit douze ans après la reconnaissance de l'autonomie des mineurs dans l'exercice de leurs droits. La volonté d'offrir une véritable alternative aux jeunes confrontés à la maternité ou à la paternité transparaît une nouvelle fois dans les propos tenus par le ministre de la Santé de l'époque⁷ qui rappelle que le choix de la parenté est conditionné à la garantie du secret à toutes les étapes du parcours contraceptif jusqu'à la réception du relevé de remboursements par l'Assurance Maladie Obligatoire (AMO) et l'Assurance Maladie Complémentaire (AMC)⁸. En principe, une mineure peut obtenir les contraceptifs demandés sans que cette délivrance ne figure sur le décompte destiné à ses parents⁹. Ce texte sera renforcé un an plus tard, par la loi de financement de la sécurité sociale de 2014 par l'instauration d'un tiers payant pour la consultation et les analyses biologiques sur la part prise en charge par l'assurance maladie obligatoire.

¹ V. rapport d'information n° 2592 *op. cit.*, p. 89.

² V. notamment le rapport n° 49 élaboré par M. Neuwirth, *op. cit.*, sous le titre : « Assurer la gratuité de la délivrance aux mineures en pharmacie. »

³ Décret n° 2002-39 du 9 janvier 2002 relatif à la délivrance aux mineures des médicaments ayant pour but la contraception d'urgence. La minorité qui conditionne la gratuité du médicament est simplement déclarée oralement par la personne concernée.

⁴ Art. D. 5134-3 CSP : « Lorsque la délivrance à une mineure de médicaments indiqués dans la contraception d'urgence a été effectuée, le pharmacien adresse à la caisse d'assurance maladie dont il dépend une facture établie sur une feuille de soins ne comportant pas l'identification de l'assuré et du bénéficiaire ».

⁵ Pour un premier constat en 2006, v. le rapport du Haut Conseil de la Population et de la Famille élaboré par I. Nizand et L. Toulemon, *Pour une meilleure prévention de l'IVG chez les mineures*, décembre 2006.

⁶ Dispositions déjà présente dans la loi depuis 2001.

⁷ Mme M. Touraine.

⁸ Assemblée nationale, compte rendu des débats de la deuxième séance du lundi 26 novembre 2012, débats sur la loi de finance de la sécurité sociale de 2013, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130073.asp> : « Cet amendement est nécessaire afin que les jeunes filles puissent avoir recours à la contraception si elles le souhaitent sans que l'information qui serait faite à leurs parents sur ce point, notamment par les informations issues du remboursement par l'assurance maladie, ne pèse dans leur décision et vienne entraver leur volonté ».

⁹ Concernant la délivrance des contraceptifs aux mineures, un projet dénommé « top-confidentialité » (antérieurement top-anonymat) est envisagé au sein des CNAMTS pour supprimer les informations au sujet de cette délivrance sans le cadre des relevés produits par l'assurance maladie. L'extension de ce projet à l'égard de la confidentialité des IVG est par ailleurs évoquée ; v. le rapport de la commission IVG, *IVG État des lieux et perspective d'évolution du système d'information*, juillet 2016, p. 44.

87. Un rapport de l'IGAS, réalisé en 2015, a relevé de nombreux dysfonctionnements lors de la mise en pratique de ce dispositif portant atteinte au secret¹. Comme il le souligne, « environ un cinquième des mineures souhaitent garder le secret vis-à-vis de leurs parents pour ce qui concerne leur sexualité ou leur utilisation de contraceptifs. Si le besoin de confidentialité n'est pas généralisé, lorsqu'il existe, il semble crucial »². Un décret du 29 juin 2016³ a étendu le droit à la gratuité et à la confidentialité des frais d'examen de biologie et de la consultation médicale annuelle, aux consultations de suivi ainsi qu'aux frais de pose et de retrait d'un dispositif intra-utérin. Ces dépenses sont prises en charge par l'assurance maladie pour les mineures de plus de quinze ans uniquement.

2. Une disparité dans la prise en charge selon l'âge du mineur

88. Toutes les dispositions issues des différentes lois de finance de la sécurité sociale à partir de 2013 organisent la gratuité dans l'accès à la contraception, dernière étape conditionnant l'autonomie des mineurs dans l'exercice personnel de leurs droits dans le cadre du secret. Seuls les mineurs de plus de quinze ans bénéficient de la gratuité du parcours de soins et peuvent accéder à un moyen de contraception adapté à leurs besoins⁴. Cette exclusion des mineurs de moins de quinze ans est difficilement explicable⁵ car le droit au secret et son dispositif de prise en charge est accordé sans condition d'âge par l'article L. 5134-1 du Code de la Santé publique⁶. L'IGAS a estimé à « 25 000 le nombre de personnes qui, à chaque génération, entrent dans la sexualité avant l'âge de 15 ans »⁷. La

¹ Rapport IGAS *op. cit.* p.29 n° 71 : « Le besoin de confidentialité s'avère difficile à respecter par l'assurance maladie : dès lors que toute prise en charge d'une consultation pour une mineure par l'assurance maladie obligatoire et complémentaire donne lieu à une mention sur les relevés de l'assurance maladie et de la mutuelle, une mineure ayant droit de ses parents qui désirerait ne pas porter à la connaissance de ces derniers le fait qu'elle s'est rendue chez le médecin sera contrainte de payer la consultation sans moyen de se faire rembourser (le remboursement se faisant sur le compte bancaire des parents). »

² *Ibid.* p. 33, n° 88.

³ Décret n° 2016-865 du 29 juin 2016 relatif à la participation de l'assuré pour les frais liés à la contraception des mineures d'au moins quinze ans JO n° 0151 du 30 juin 2016, texte n° 24, pris pour l'application de l'article 64 de la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016.

⁴ Du moins parmi les contraceptifs faisant l'objet d'une prise en charge par l'assurance maladie : L'article L322-3 CSS dispose que « La participation de l'assuré mentionnée au premier alinéa de l'article L. 322-2 peut être limitée ou supprimée [...] dans les cas suivants : 21° Pour l'assurée mineure d'au moins quinze ans, pour les frais d'acquisition de certains contraceptifs » (à savoir ceux bénéficiant d'un remboursement par la sécurité sociale, ce qui exclut les patchs, les anneaux contraceptifs ainsi que les préservatifs). L'article L162-4-5 vient compléter le dispositif en prévoyant que « le médecin qui prescrit un contraceptif à une assurée mineure d'au moins quinze ans ou qui lui prescrit des examens de biologie médicale en vue d'une prescription contraceptive et le biologiste médical qui effectue ces examens sont tenus de faire bénéficier cette assurée d'une dispense d'avance des frais sur la part des dépenses prises en charge par l'assurance maladie. Le médecin est également tenu de la faire bénéficier de cette dispense pour les actes donnant lieu à la pose, au changement ou au retrait d'un contraceptif ; cette dispense étant prise en charge par l'assurance maladie via la carte professionnelle du praticien. »

⁵ Certaines réflexions lors des débats parlementaires et des différents rapports, offrent quelque piste face à ce refus : comme la confusion entre la notion d'adolescent avec les dispositions pénalisant les infractions d'atteinte sexuelle qui laissent penser qu'avant cet âge toute relation sexuelle est exclue ou encore une peur face au risque d'une réaction négative de certains parents qui verraient dans ces dispositions une incitation faite au mineur d'avoir une sexualité active.

⁶ Art. L. 5134-1 al. 4 CSP : « La délivrance de contraceptifs, la réalisation d'examens de biologie médicale en vue d'une prescription contraceptive, la prescription de ces examens ou d'un contraceptif, ainsi que leur prise en charge, sont protégées par le secret pour les personnes mineures. ». Comment garder le secret de cette prise en charge si elle est assurée par le parent de l'adolescent ?

⁷ Sachant que seules les relations entre un mineur de moins de quinze ans et un adulte font l'objet d'une pénalisation via la législation sur les atteintes sexuelles (art. 227-25 CP), rien n'interdit dans la législation pénale une relation consentie entre deux mineurs dès lors qu'ils disposent d'un discernement suffisant (comprendre la portée de leur acceptation et ce qu'implique la sexualité) leur permettant éventuellement de refuser l'acte et écarter l'existence d'une éventuelle contrainte permettant de caractériser une agression sexuelle. Cette référence à une majorité sexuelle située à 15ans vient en quelque sorte pallier l'absence de définition juridique de l'adolescence.

DRESS¹ dénombrait en 2013, 750 interruptions volontaires de grossesses réalisées sur des mineures de moins de quinze ans² et 131 grossesses menées à leur terme. Le « décalage entre les deux dispositifs est générateur d'une complexité administrative qui se reporte directement sur les personnes concernées, il n'a pas grand sens dans la pratique. »³, tout simplement parce que les mineures de moins de 15 ans dépendent financièrement davantage de leurs parents. L'autonomie dans l'exercice de leurs droits et sa confidentialité ne sont pas garanties par le droit positif concernant les mineurs de moins de quinze ans dont la prise en charge dépend toujours exclusivement de leur statut d'ayants droit. Ces mineurs devront donc recourir à la couverture sociale de leurs parents au risque de les informer de leur état, financer eux-mêmes leur contraception, ou dans le cas contraire, y renoncer. Ce constat remet en question le droit reconnu à toute personne de choisir librement son moyen de contraception et l'application de l'article L. 5134-1 du Code de la Santé publique, sans justification⁴, d'autant qu'il s'agit de la tranche d'âge la plus vulnérable. Il paraît incongru d'envisager à leur égard une réponse légale qui les incite à recourir à l'interruption de grossesse ou à la contraception d'urgence, alors que ces deux solutions sont subsidiaires à la contraception régulière.

89. Si cela n'impacte pas l'autonomie en matière de décision couverte par le secret, l'information des parents peut dissuader le mineur de recourir à ces soins dans l'avenir et rompre la confiance pour une bonne prise en charge médicale. L'accès à la contraception apparaît comme un « outil indispensable à la prévention des grossesses précoces non désirées chez les jeunes filles », en améliorant « l'accès à la contraception pour les assurées mineures et [en offrant] aux adolescentes les meilleures conditions d'entrée dans la vie sexuelle et affective tout en prévenant le recours à l'IVG »⁵. En limitant cette prise en charge aux mineurs de plus de quinze ans, le législateur offre une conception abstraite de l'« adolescence », détachée de ce qui définit précisément cette période à savoir la puberté (conception médicale), au profit d'un seuil d'âge sans lien avec le moment où l'enjeu d'une contraception ou d'une interruption de grossesse pourrait survenir.

¹ Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques du ministère de la Santé.

² En 2013, 11168 IVG ont été pratiquées sur des mineures de 15 à 17 ans. D'après la Drees, il est vraisemblable qu'une majeure partie des IVG dont l'âge n'est pas connu soit le fait de personnes mineures. L'IGAS estime que ces données établies par la Drees, au vu des modalités de leur collecte sous-estiment la réalité du phénomène. Rapport IGAS, avril 2015, *op. cit.*, n°s 92 s.

³ Rapport IGAS *loc. cit.*

⁴ Cette difficulté vient principalement de l'absence de définition légale de l'adolescence car en matière de sexualité, le législateur semble faire une confusion avec l'existence d'une éventuelle majorité sexuelle débutant à quinze ans. Ex. : réflexion de Mme la présidente C. Coutelle, co-rapporteur du rapport d'information de la délégation du droit des femmes n° 2593, *op. cit.*, p. 166 : « J'ai une question à vous poser, sur laquelle nous nous sommes interrogés. À partir de quel âge parle-t-on d'adolescence ? Tous les dispositifs – contraception, etc. – débutent à partir de quinze ans. Mais tout à l'heure, sur un autre sujet, vous nous avez parlé d'adolescents de douze ans. J'ai été auditionnée par l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) et il semble que tout le monde prenne comme référence l'âge de quinze ans, considéré comme étant l'âge de la maturité sexuelle. Qu'en pensez-vous ? Est-ce que le fait de permettre aux jeunes de bénéficier plus tôt de ces dispositifs ne risque pas d'être mal pris par les parents ? Ils pourraient penser qu'on encourage leurs enfants à avoir des rapports sexuels plus tôt. », p. 186 : « Se pose aussi la question de l'âge. En matière de contraception et d'avortement, on se réfère à l'âge de la majorité sexuelle, quinze ans. Est-ce que cela vous semble être le bon âge ? ». Réponse de M. Evin : « Je ne pense pas qu'il y ait d'étude épidémiologique en la matière ».

⁵ PLFSS 2016 annexe 10, p. 290.

90. Il a été proposé d'abandonner ce seuil par l'extension des dispositions sur la gratuité des soins à tous les mineurs ou au moins à ceux qui revendiquent expressément le secret¹, ce qui implique une prise en charge totale par l'assurance maladie obligatoire, en diminuant le nombre d'acteurs en jeu (les assurances maladies complémentaires ne seront plus concernées), favorisant la confidentialité et par ce biais l'autonomie de l'enfant tout au long du parcours contraceptif jusqu'aux informations qui apparaissent dans le relevé des parents. L'autonomie financière des mineurs reste globalement insuffisamment appliquée. Les difficultés semblent principalement tenir au fait que la législation en vigueur est méconnue des principaux acteurs, que ce soit les pharmaciens ou les mineurs eux-mêmes. Depuis sa mise en place, seul 1 % des délivrances de contraceptifs ont fait l'objet des mesures de gratuité et de secret. À compter de la loi du 25 décembre 2016, cette prise en charge a été étendue, mais cette fois, le seuil choisi est de 16 ans pour demander à bénéficier, à titre personnel, d'une prise en charge des frais de santé en cas de maladie ou de maternité². En conclusion, l'autonomie des mineurs dans l'exercice des droits sexuels et reproductifs n'est effective qu'à partir de seize ans. Ce n'est qu'à cet âge qu'ils seront en mesure de décider de l'avenir de leur grossesse sans craindre l'ingérence parentale. L'avant-projet de financement de la Sécurité sociale pour 2020 devrait modifier ce dispositif pour l'étendre tous mineurs sans restriction d'âge³. Cette prise en charge indépendamment du statut d'ayant droit ne peut se faire qu'à la demande de l'intéressé⁴, ce qui implique qu'il soit préalablement informé de cette possibilité. L'autonomie est donc conditionnée à la délivrance d'une information claire et précise à destination de ce public pour leur permettre de s'approprier ces régimes d'exception⁵.

§ 2 : L'exercice des droits sexuels et reproductifs conditionné à l'information à destination des mineurs

91. Les enfants sont par nature au début de leur existence, ce qui en fait des personnes inexpérimentées, leur immaturité justifiant que l'autorité parentale vienne y pallier. L'inexpérience due à leur jeune âge expose les mineurs à un risque accru d'une sous information sur leurs droits, alors que débutent les premières expériences amoureuses. Si « on apprend aux jeunes à traverser les rues sans se

¹ Rapport IGAS, avril 2015, *op. cit.*, recommandation n° 5 : « Permettre à toutes les mineures qui le demandent d'avoir accès à la contraception de façon confidentielle à chaque étape de leur parcours d'accès à la contraception. » et recommandation n° 6 : « Aligner les bornes d'âges fixées aux dispositions visant à assurer la gratuité sur celles de la disposition concourant au secret, à savoir un accès ouvert à l'ensemble des mineures. »

² Art. L. 160-2 CSS modifié par la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016.

³ V. Le Monde, « La contraception bientôt gratuite pour toutes les mineures », 2 octobre 2019, disponible en ligne : https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/10/02/la-contraception-bientot-gratuite-pour-toutes-les-mineures_6013893_3224.html [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁴ Art. D. 160-1 CSS créé par le Décret n° 2015-1882 du 30 décembre 2015 : « la demande prévue au troisième alinéa de l'article L. 160-2 est effectuée par l'enfant auprès de l'organisme d'assurance maladie auquel est rattaché l'assuré dont il est l'ayant droit. Dès réception de cette demande, l'organisme lui ouvre droit, à titre personnel, à la prise en charge des frais de santé en cas de maladie ou de maternité, L'organisme d'assurance maladie compétent remet à l'enfant un document attestant sa qualité d'assuré. ».

⁵ « Le premier des droits consiste d'abord à être informé de ses droits » : J.-P. Bret et L. Fabius, *Droits de l'enfant : de nouveaux espaces à conquérir*, rapport de la commission d'enquête sur l'état des droits de l'enfant en France, Assemblée nationale, 1998, <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-enq/r0871-1.asp>, sous : « l'information sur les droits de l'enfant ».

faire renverser, [...] on ne leur apprend pas à débiter leur vie sexuelle sans rencontrer les écueils que celle-ci peut receler »¹. En dépit des mécanismes juridiques favorisant l'exercice de ses droits sexuels et reproductifs par l'autonomie décisionnelle, la capacité juridique et la prise en charge de ces actes, le manque d'information et d'éducation sur leur existence ou leur fonctionnement font que les mineures ne trouvent pas d'interlocuteur et les jeunes filles « cachent leur grossesse dans la plus grande solitude jusqu'à risquer de dépasser le délai légal »². La loi a organisé un maillage afin d'informer et d'éduquer les enfants, pour qu'ils puissent réagir en cas de maternité ou de paternité (A), mais cet accès rencontre encore aujourd'hui de nombreuses difficultés et réticences dans son application (B).

A- L'obligation légale d'information et d'éducation en matière de sexualité

92. Progressivement, les mineurs accèdent à ce que M. Neuwirth qualifiait de maternité ou de paternité « consciente et pleinement responsable ». Chacune des réformes menées en ce sens révèle le nombre important de mineures confrontées à la maternité subie, et souligne le risque qu'un nombre toujours plus important reproduise ce même schéma³. Ces grossesses sont pour partie liées à un manque d'information associé à la propagation de fausses idées sur la reproduction⁴. La compréhension et la maîtrise de la sexualité et de ses conséquences passent par une sensibilisation qui doit, dans l'idéal, être dispensée avant que la personne ne soit confrontée au devenir d'une maternité ou d'une paternité non désirée. Devant cette nécessité, il s'agit d'organiser sa délivrance le plus tôt possible, lorsque les individus risquent d'être confrontés à cette problématique, c'est-à-dire au commencement de la puberté⁵. L'information est le prérequis à un exercice autonome de tous les droits (1), en raison des difficultés de mise en œuvre, cet attribut est peu à peu devenu un droit à part entière (2).

¹ I. Nizand et L. Toulemon, *Pour une meilleure prévention de l'IVG chez les mineures*, *op. cit.*, p. 9.

² *Ibid.*, p. 23.

³ Que ce constat puisse provenir d'une « révélation ou plutôt [d'] une prise de conscience que les choses ne peuvent continuer ainsi ? Où se trouve le problème ? Il se situe dans la méconnaissance dans laquelle se trouvent ces jeunes filles des mécanismes et des réalités de la transmission de la vie à travers les phénomènes on ne peut plus naturels que sont la fécondité et la sexualité. » : L. Neuwirth, rapport n° 49, octobre 2000, *op. cit.*, Avant-propos, p. 3.

⁴ I. Nisand et L. Toulemon, *Pour une meilleure prévention de l'IVG chez les mineures*, *op. cit.*, pp. 6-8.

⁵ La puberté apparaît comme la période durant laquelle le corps de l'individu se modifie par la maturation des organes sexuels permettant la reproduction. Cette modification nécessite plusieurs années et sa durée varie selon le sexe de l'individu : pour les femmes : « La puberté commence généralement entre huit et quatorze ans (en moyenne, à onze ans). Le plus souvent, quatre ans sont nécessaires pour atteindre une maturité sexuelle complète. », pour les hommes : « La puberté débute habituellement entre neuf et quatorze ans (en moyenne, à douze ans). Elle dure plus longtemps : en général, les garçons parviennent à la maturité sexuelle au bout de six ans. » ; source : site de la sécurité sociale : <http://www.ameli-sante.fr/puberte/quest-ce-que-la-puberte.html>, mise à jour, juin 2018, [consulté le 1^{er} octobre 2019].

1. L'information, prérequis à l'exercice des droits par les mineurs

93. L'information est présentée comme le meilleur moyen de prévention contre les grossesses non désirées avant même la contraception. Elle permet de préparer les mineurs à cette éventualité tout en évitant les recours « de la dernière chance » que sont la pilule du lendemain et l'interruption volontaire de grossesse¹. L'amélioration des connaissances, la sensibilisation au risque, l'éducation des comportements constituent le premier stade de prévention et de sensibilisation à l'exercice des droits sexuels et reproductifs². Le rapport Nizand identifie en 1999³ quatre acteurs susceptibles de délivrer ces informations. Vient en premier lieu le parent puis les enseignants, le corps médical et enfin les structures sociales de prévention. Tous interviennent à un moment ou à un autre dans l'éducation de l'enfant ainsi que dans sa socialisation. À ces acteurs, il convient d'ajouter l'État lui-même, même si la place qu'il occupe réellement apparaît subsidiaire en comparaison des personnes que nous venons de citer (dont beaucoup en sont des émanations). C'est ce que M. Bozon qualifie de « socialisation verticale »⁴. En théorie, tous ces acteurs devraient se rejoindre « dans un large consensus sur la triple nécessité d'informer les mineurs de façon plus efficace sur leur développement corporel et amoureux, de davantage les accompagner dans leur recherche d'une sexualité protégée et de leur éviter, autant que possible, de recourir à des solutions d'urgence pour prévenir des grossesses non désirées »⁵. Ces solutions d'urgence sont souvent privilégiées faute de mieux, mais surtout faute d'une information suffisante⁶.

94. Cette obligation repose en premier lieu sur les parents⁷. Titulaires de l'autorité parentale, ils sont dans l'obligation d'assurer leur éducation qui comprend notamment la question de la sexualité et de la parenté. Ce rôle revêt une importance non négligeable, car leur intervention permet de multiplier par deux le recours des mineurs à la contraception lors du premier rapport⁸. Il est régulièrement souligné que « le rôle de la famille n'a pas été suffisamment pris en compte jusqu'à présent dans les stratégies de

¹ « Il vaut mieux préparer les adolescents à leur vie sexuelle que de les consoler au moment de leur passage dans une salle d'opération » : I. Nizand, rapport *L'IVG en France : propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les femmes*, février 1999, p. 36.

² L'information remplit un rôle sanitaire bien plus large. Dans un rapport paru en 2010, l'OMS-Europe reprend à son compte les recommandations de l'Association mondiale pour la santé sexuelle qui estime que « la santé sexuelle ne pourra être atteinte que si toutes et tous, y compris les jeunes, ont accès à une éducation sexuelle, une formation et des services en matière de santé sexuelle partout dans le monde et tout au long de la vie » ; v. recommandations de l'OMS *relative à la santé et aux droits des adolescents en matière de sexualité et de reproduction*, ISBN 978-92-4-251460-5, 2019, pp. 5 et s.

³ I. Nizand, rapport février 1999, *op. cit.*, p. 33.

⁴ M. Bozon, « Autonomie sexuelle des jeunes et panique morale des adultes. Le garçon sans frein et la fille responsable », *op. cit.*

⁵ B. Poletti, rapport d'information réalisé au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, *sur la contraception des mineurs*, 17 mai 2011, n° 3444, p. 6.

⁶ Selon le constat établi par la DRESS en 2010, près de 14 500 interruptions annuelles de grossesses adolescentes non désirées en 2007 étaient le plus souvent le résultat d'une contraception mal maîtrisée voire inexistante. Enquête citée dans le rapport de la DREES, « L'état de santé de la population en France – Suivi des objectifs annexés à la loi de santé publique », rapport 2009-2010, juillet 2010, p. 46.

⁷ V. J.-J. Rousseau, *Émile ou de l'éducation*, réédition, éd. Gallimard, coll. Folio essais, 1969, p. 333 : « Si l'on prend partie de répondre, que ce soit avec la plus grande simplicité, sans mystère, sans embarras, sans sourire. Il y a beaucoup moins de danger à satisfaire la curiosité de l'enfant qu'à l'exciter ».

⁸ I. Nizand et L. Toulemon, *Pour une meilleure prévention de l'IVG chez les mineurs*, *op. cit.*, p. 6 : « Les jeunes vivant avec leurs parents de naissance (ou d'adoption) ont davantage recours au préservatif (89 %) que les jeunes issus de familles monoparentales (83 %) ou recomposées (82 %) ».

prévention mises en place en direction des adolescents »¹, si bien qu'ils apparaissent souvent absents du débat, alors qu'ils devraient se trouver aux côtés de leur enfant². Cette absence ne fait qu'accroître les difficultés d'un parent qui se trouve confronté aux questions de son enfant, au risque d'une déresponsabilisation, préférant passer sous silence un sujet qui selon eux ne concerne pas ce dernier³, ou attendre que l'État le fasse pour lui. Plusieurs raisons sont avancées pour expliquer ce désinvestissement, soit les parents ont eux-mêmes souffert dans leur adolescence de ce manque d'information et le répercutent sur leur propre enfant au moment de la transmission des connaissances, soit ils s'opposent farouchement aux relations hors mariage pour des raisons essentiellement culturelles ou religieuses, ce qui exclut toute participation de leur part.

95. Pour remédier à cette carence, il est essentiel de prévoir d'autres vecteurs d'informations. L'éducation à la sexualité a progressivement été élevée au niveau international comme un droit individuel, intéressant plus particulièrement les mineurs⁴. D'où l'importance d'impliquer un second acteur dont la mission est justement d'intervenir au côté du parent pour garantir l'éducation et la socialisation de l'enfant : l'enseignement national. Jusqu'en 1967, l'éducation et l'information des enfants sur la sexualité reposaient exclusivement sur la famille. Il faut attendre la loi Neuwirth pour mettre fin partiellement à l'interdiction formulée en 1920 à l'égard de la « propagande anticonceptionnelle », qui incluait toute information abordant le refus de la maternité. Avec le recul, ce tabou sur la sexualité s'est révélé « contraire à toute politique de prévention et d'éducation pour la santé »⁵. Malgré ces avancées, la question de cet enseignement a été organisée pendant longtemps par voie de circulaire. La « circulaire Fontanet » parue le 23 juillet 1973⁶ prévoyait une éducation sexuelle sous la forme de séances facultatives réalisées avec l'autorisation préalable des parents en dehors de

¹ M. P. Subtil : « Les situations familiales des adolescents influencent leur état de santé. », in *Le Monde*, 23 novembre 1998.

² Une étude réalisée par Sida Info Service, *Les 15-24 ans face au sida et à la sexualité*, à partir des appels reçus à S.I.S. et d'un sondage SOFRES sur un échantillon de 500 personnes, le 1^{er} décembre 1999, a souligné que les principaux canaux d'information des jeunes de 15-24 ans en matière de sexualité étaient à l'époque : « les pairs (amis, frères et sœurs pour 65 % d'entre eux), loin devant les médias (45 % pour la télévision, 36 % pour la presse écrite, 19 % pour la radio) et, très loin devant, les médecins, qui précèdent eux-mêmes les parents (26 %). » (Une nouvelle étude a été réalisée en 2013 mais n'aborde pas cette question de l'origine de l'information).

³ B. Poletti, rapport d'information sur *la contraception des mineures*, *op. cit.*, p. 6 ; rapport Nizand, février 1999, *op. cit.*, p. 34 ; L. Neuwirth, rapport n° 49, octobre 2000, *op. cit.*, avant-propos p. 3 : « Le problème relève tout d'abord de la mission éducatrice des parents lesquels, pour la plupart d'entre eux, n'ont pas reçu un enseignement direct de la part de leurs propres géniteurs, et qui donc ne sont pas préparés à cette mission éducatrice. Il relève aussi des inhibitions dues à l'héritage culturel qui faisait que, dans les familles, on se gardait d'aborder, tels des tabous, tous les sujets qui concernaient la sexualité considérée comme perverse. » ; Par ailleurs la sexualité des enfants n'apparaît qu'en 6^{ème} position parmi les sujets les plus préoccupants pour les parents selon l'étude réalisée par Tns Sofress « Les difficultés et les attentes des parents » réalisée en novembre 2011, entre la consommation d'alcool (n° 5) et la consommation de tabac (n° 7).

⁴ Rapport du rapporteur spécial des Nations unies sur *le droit à l'éducation*, 65^{ème} session : Promotion et protection des droits de l'Homme, juillet 2010, p.8. ; POMS ayant souligné la nécessité de « mettre [...] les parents, familles et tuteurs mieux en mesure d'aider les enfants et jeunes gens à prendre des décisions éclairées et saines en matière de santé sexuelle et reproductive » bureau régional de l'Europe, Comité Régional De l'Europe, 66^{em} session, Copenhague (Danemark) du 12-15 septembre 2016 « Plan d'action pour la santé sexuelle et reproductive : mise en œuvre du Programme de développement durable à l'horizon 2030 en Europe – ne laisser personne de côté », « But n° 3 : Garantir un accès universel à la santé sexuelle et reproductive et éliminer les iniquités » p. 19.

⁵ M. Aubry, projet de loi n° 2605, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, 4 octobre 2000 : « L'information est l'outil privilégié de prévention des grossesses non désirées et des interruptions volontaires de grossesse. Elle est en outre indispensable pour permettre de garantir aux femmes leur droit à accéder à l'IVG »

⁶ Circ. n° 73-299, 23 juillet 1973, NOR : MENE9802931C.

l'emploi du temps scolaire de l'enfant¹, en dépit de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1975², qui annonçait que l'école favorise l'épanouissement de l'enfant, lui permet d'acquérir une culture, le prépare à la vie professionnelle et à l'exercice de ses responsabilités de citoyen, ce qui comprend bien entendu l'éducation à la sexualité³. Avec l'épidémie et la découverte du mode de transmission du VIH, une nouvelle circulaire du 15 avril 1996⁴ rend obligatoire un enseignement de deux heures par an minimum sur la sexualité pour les classes de quatrième et troisième. Il faut attendre la loi du 4 juillet 2001 pour que l'information des mineurs devienne une véritable « éducation sexuelle » visant à épauler le parent dans son rôle, voire à le suppléer, par son caractère systématique et obligatoire⁵. Madame Bousquet soulignait sur ce point que « le développement d'une large politique d'informations sur la contraception et d'éducation à la sexualité en direction des jeunes et tout particulièrement dans le système scolaire constitue la condition préalable et indispensable à toute amélioration de la situation en la matière. Il existe aujourd'hui un lien évident entre l'éducation des jeunes à ce qu'est la vie sexuelle et leurs capacités à assumer cette vie sexuelle et ses conséquences »⁶. La loi du 4 juillet 2001 introduit au sein du Code de l'éducation un article L. 312-16 qui prévoit qu'« une information et une éducation à la sexualité dans les écoles, les collèges et les lycées à raison d'au moins trois séances annuelles et par groupes d'âge homogène » doit d'être délivrée dans tous les établissements de l'Éducation nationale. Cet objectif est devenu depuis 2003 un des axes prioritaires du partenariat en santé publique entre les ministères chargés de la Santé et de l'Éducation nationale, puis avec les contrats de partenariats entre le ministère de la Justice (protection judiciaire de la jeunesse) et celui de l'Agriculture et de la Pêche (qui gère les lycées agricoles) afin d'assurer la couverture de tous les enfants scolarisés. Cette information constitue aujourd'hui un droit à part entière, reconnu à tous les mineurs.

¹ Avec la « possibilité » d'intégrer cette information sur la sexualité aux programmes de biologie et d'économie familiale et sociale.

² Loi n° 75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation dite « Loi Haby ».

³ V. CE, 6 octobre 2000, nos 216901, 217800, 217801 et 218213, *AJD* 2000, p. 1060.

⁴ Circulaire n° 96-100, 15 avril 1996, relative à la prévention du sida en milieu scolaire et à l'éducation à la sexualité, NOR : MENL9600516C, *BO Educ. natio.*, 25 avril 1996, pp. 1264-1267.

⁵ Comme le soulignait L. Neuwirth : « la mise en œuvre de la contraception en tant qu'acte volontaire et réfléchi, et manifestation de la liberté et de la maîtrise de la sexualité de chacun ne peut se développer dans notre pays que si les adolescentes et les adolescents, les jeunes femmes et les jeunes hommes, reçoivent une information, une éducation, qui les responsabilisent sur cet immense pouvoir qu'est la transmission de la vie. » Extrait de la discussion parlementaire au Sénat du 9 mai 2001.

⁶ Mme. Bousquet dans son rapport rendu au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception, n° 2702, 15 novembre 2000, p. 37 « Il existe aujourd'hui un lien évident entre l'éducation des jeunes à ce qu'est la vie sexuelle et leurs capacités à assumer cette vie sexuelle et ses conséquences. Aux Pays-Bas, l'éducation sexuelle a été intelligemment développée et ce dès le plus jeune âge. Il en résulte que le recours à l'IVG y est particulièrement réduit. » ; v. aussi le rapport de Mme Lingnière-Cassou, au nom la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, n° 2726, du 15 novembre 2000.

2. La reconnaissance d'un droit des mineurs à l'information

96. Cette obligation ne peut reposer exclusivement sur les parents ou l'école d'autant qu'il existe un risque de déscolarisation. Face à l'importance de délivrer une information suffisante afin d'infléchir les recours élevés à l'interruption volontaire de grossesse pour cette catégorie d'âge¹, il est essentiel de l'intégrer dans une politique ambitieuse d'éducation responsable de la sexualité et des grossesses, laquelle mobilise tant le corps enseignant que le corps médical et ouvre le dialogue au sein des familles². Les médecins intervenant auprès des mineurs sont tenus de les informer sur les droits qui permettent de maîtriser leur capacité reproductrice, ou de les réorienter vers des structures médico-sociales plus aptes à cette mission telles que les centres de planification ou d'éducation familiale³. Elle est aussi délivrée à l'occasion de la prise en charge d'une grossesse pour que la mineure puisse prendre une décision libre et éclairée, préalable à l'acte médical. Il s'agit également que la contraception d'urgence et l'interruption de grossesse redeviennent l'ultime recours au profit d'une contraception régulière. Ces obligations incombent aussi aux personnels médicaux lors de la délivrance d'une contraception d'urgence, qu'ils soient médecins, pharmaciens⁴ ou infirmières scolaires⁵. Ce moment permet d'engager le dialogue pour apprécier la situation de l'enfant⁶, déterminer ses besoins et les droits qu'il est capable d'exercer.

97. En matière d'interruption de grossesse la logique est identique, l'article L. 2212-1 du Code de la Santé publique prévoit dans son second alinéa que « toute personne a le droit d'être informée sur les méthodes abortives et d'en choisir une librement ». Cette information sera délivrée dès la première visite⁷, renforcée par l'obligation pour les mineures non émancipées d'effectuer une consultation préalable obligatoire auprès notamment d'un centre de planification ou d'éducation familiale ou un autre organisme agréé durant laquelle une assistance ou des conseils appropriés à sa situation lui sont apportés⁸. La preuve de la réalisation de ces démarches est importante pour que la mineure puisse

¹ Le rapport de L. Neuwirth n° 49 d'octobre 2000, (*op. cit.*), souligne qu'« entre 1985 et 1995 et notamment entre 1993 et 1995, le nombre d'IVG chez les mineures oscille entre 5.700 et 6.400 IVG par an ; la proportion des mineures enceintes recourant à l'IVG augmente fortement : elle était de 59,7 % en 1985, de 64 % en 1990 et de 71,8 % en 1995. », (p. 13) ; selon A. Vilain : « en 2004, 12 200 IVG sont effectuées sur des jeunes filles avant leur majorité et 17 400 sur des femmes âgées de 18 ou 19 ans, soit 29 600 IVG de femmes de moins de 20 ans », v. A Vilain, « Les interruptions volontaires de grossesse en 2004 », *Études et résultats*, n° 522, septembre 2006 ; il faut attendre 2006 pour observer un fléchissement du taux de recours à l'IVG chez les moins de 20 ans comme le souligne la commission IVG dans son rapport « IVG état des lieux et perspective d'évolution du système d'information » de juillet 2016 : « Les taux décroissent chez les moins de 20 ans depuis 2006 environ, avec, en 2015, 7,6 recours pour 1 000 femmes parmi les 15-17 ans et 19,5 parmi les 18-19 ans, et ont augmenté, sur la même période, pour toutes les classes d'âge chez les plus de 25 ans. » même si toujours selon le même rapport, les connaissances et les informations sur le sujet demeurent encore aujourd'hui insuffisantes.

² V. rapport de M. Giraud réalisé au nom de la commission mixte paritaire le 4 avril 2001, n° 253.

³ Art. R. 2212-7 et R. 2311-7 CSP.

⁴ Art. D. 5134-1 al. 2 CSP.

⁵ Art. D. 5134-7, D. 5134-8 et D. 5134-10-1 CSP (ce dernier concernant le cadre universitaire, car durant leur première année les étudiants peuvent toujours être mineurs).

⁶ Cet entretien peut devenir l'occasion de déceler un danger pour le mineur, ce qui conduira à un signalement ou constater une situation préoccupante pouvant faire l'objet d'une information auprès de l'administration.

⁷ Art. L. 2212-3 CSP.

⁸ Art. L. 2212-4 CSP. Cette information est destinée chaque fois que cela est possible au couple et ne doit pas se restreindre à la femme enceinte, comme l'énonce l'alinéa 4 de cet article.

poursuivre la procédure d'interruption de grossesse. À l'issue de l'intervention, une deuxième consultation est obligatoirement proposée pour aborder ses droits en matière de contraception. La mineure n'est pas obligée de l'accepter, seule la proposition par le corps médical revêt un caractère obligatoire¹. L'objectif est d'éviter les interruptions de grossesse à répétition préjudiciables à sa santé en lui proposant des alternatives qui ne l'obligent pas à renoncer à sa sexualité.

98. La reconnaissance de l'information des mineurs en matière de droit sexuel et reproductif en tant que droit autonome est renforcée par l'implication de l'État. L'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1973² rappelle que « l'information de la population sur les problèmes de la vie est une responsabilité nationale ». Ce principe a été incorporé au sein du Code de la Santé publique à l'article L. 2211-2, qui énonce que : « l'information sur les problèmes de la vie et de la démographie nationale et internationale, l'éducation à la responsabilité, l'accueil de l'enfant dans la société et la politique familiale sont des obligations nationales. L'État, avec le concours des collectivités territoriales, exécute ces obligations et soutient les initiatives qui y contribuent [...] »³. Régulièrement, l'État procède à la mise en place de campagnes de sensibilisation afin d'améliorer la communication auprès du jeune public, avec la mise en place de différents supports papier ou électroniques permettant de le toucher le plus largement possible⁴. Le Conseil d'État s'est prononcé sur le bien-fondé de cette information dans les collèges et lycées le 6 octobre 2000⁵. Le gouvernement avait décidé d'organiser et de financer une campagne de sensibilisation des mineurs à la contraception par la distribution dans les établissements publics locaux d'enseignements d'un dépliant à destination des élèves de lycée et des classes de troisième accompagné d'actions d'information de la communauté éducative. Quatre recours pour excès de pouvoir ont été déposés contre cette décision devant le Conseil d'État qui statuera en un seul et même arrêt. Il était reproché à l'État de porter atteinte à la neutralité de l'enseignement public et à l'autorité parentale, car pour les requérants, cette information porterait atteinte à la liberté de conscience des élèves ainsi qu'à

¹ Art. L. 2212-7 al. 4 CSP.

² Loi n° 73-639 du 11 juillet 1973, portant création d'un Conseil supérieur de l'information sexuelle de la régulation des naissances et de l'éducation familiale, *JO*, 12 juillet 1973, p. 7531.

³ Une première tentative visant à inscrire le rôle de l'État dans l'information auprès des mineures en matière de sexualité et de contraception lors de la loi de 2001 pour diminuer les recours à l'IVG. Celui-ci prévoyait : « que la réduction du nombre des interruptions volontaires de grossesse est une priorité de santé publique et que le Gouvernement mettra en œuvre à cette fin les moyens nécessaires à la conduite d'une véritable politique d'éducation à la sexualité et d'information sur la contraception. », cependant, lors de la nouvelle lecture de la loi par l'Assemblée Nationale, en estimant « d'une part, que cet article avait un caractère déclaratif sans portée normative et, d'autre part, que la priorité de santé publique résidait dans le développement de la contraception, de l'information et de la recherche. » Pour ces raisons, l'article fut supprimé sans être remplacé.

⁴ Ex. : la déclaration de Mme M. Aubry, ministre de l'Emploi et de la Solidarité, sur l'accès à l'IVG et la contraception et le bilan après un an de mise en place du plan d'action, Paris, 14 septembre 2000, dressant le bilan d' : « une campagne hors média, consistant en la diffusion de 12 millions de guides de poche sur la contraception dans les collèges, lycées, universités, par les ministères partenaires de la campagne, le réseau associatif, le planning familial et divers acteurs de santé ; une plate-forme téléphonique nationale, destinée à orienter les appels vers la structure d'accueil et d'information locale la plus adaptée à leurs questions et leurs besoins ; des actions menées localement pour relayer la campagne, coordonnées, accompagnées, voire même impulsées par des comités de pilotage mis en place dans chaque département, réunissant les services déconcentrés de l'État, les collectivités locales et les associations » : discours.vie-publique.fr/notices/003002610.html ; cette volonté d'informer le public, notamment les plus jeunes peut être illustrée par l'exemple du lancement d'une campagne nationale en 2007 dont le thème était « la meilleure contraception, c'est celle qu'on choisit » débouchant sur la création du site « choisir sa contraception.fr », puis en avril 2013 avec le lancement d'un site dédié « ivg.gouv.fr », pour garantir une information d'origine légale et fiable en matière d'IVG.

⁵ CE, 6 octobre 2006, *pré. cit.*

la liberté des parents d'élever leurs enfants mineurs dans un sens conforme à leurs convictions. Les associations concluent leur raisonnement en soutenant qu'il n'appartenait pas au ministre délégué chargé de l'Enseignement scolaire de porter à la connaissance des élèves les positions liées, en matière de contraception, aux différentes convictions philosophiques et religieuses. Cette information, selon les requérants, appartient exclusivement à la vie privée ce qui l'empêcherait de faire l'objet d'une campagne organisée par les pouvoirs publics ou d'être abordée à l'école. Le Conseil d'État rejette le pourvoi, et souligne que l'information des mineurs en matière de sexualité ne relève pas exclusivement de la vie privée et peut faire l'objet d'une campagne organisée par les pouvoirs publics ou être abordée dans un cadre scolaire, car l'information de la population sur les problèmes de la vie est devenue une responsabilité nationale depuis une loi du 11 juillet 1973¹. Par cet arrêt, le Conseil d'État reconnaît le rôle de l'enseignement et de l'État en matière d'information sur la sexualité, en refusant de la limiter à un contexte exclusivement privé, dépendant de l'autorité parentale et des convictions culturelles ou religieuses de ses titulaires. L'information est un véritable droit de créance des mineurs auquel les parents ne peuvent s'opposer. Malgré la consécration de ce droit, celui-ci ne semble pas toujours résister à l'épreuve de la pratique. Face à la multiplication des sources d'information notamment via Internet, il s'agit moins aujourd'hui « de remédier à une absence d'information que de structurer et fiabiliser une information surabondante, et de contrebalancer certaines sources de désinformation »². L'absence d'information comme sa profusion peuvent influencer ou priver la personne de son choix en matière de sexualité et de l'exercice de ses droits, ce qui explique qu'il s'agit moins aujourd'hui d'assurer au mineur l'effectivité de son droit à l'information que d'en sécuriser l'exercice par la fiabilité de ses sources.

B- Vers une obligation de fiabilité de l'information à destination des mineurs

99. Malgré cette volonté affichée de délivrer aux mineurs les clefs nécessaires à l'exercice libre et responsable de leur droit³, celle-ci se heurte à un certain nombre de difficultés pratiques dues à leurs modes de diffusion. Si ces obstacles ne peuvent être franchis par le mineur, son ignorance conduit à le priver de l'exercice d'un droit qui lui est personnel, l'exposant au risque d'une maternité ou d'une paternité non désirée. « Transmettre la vie est une responsabilité grave, ce doit être un acte lucide, c'est aussi pourquoi les garçons doivent recevoir comme les filles, une information et une éducation

¹ Art. 1^{er} de la loi du 11 juillet 1973 portant création d'un Conseil supérieur de l'information sexuelle, *op. cit.*, ainsi que l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1975 relative à l'éducation *op. cit.*

² C. Aubin et D. Jourdin, rapport sur la prévention des grossesses non désirées : information, éducation, communication, IGAS, d'octobre 2009, n° RM2009-118A.

³ Volonté qui se doit d'être renforcée dans les années à venir, au vu du but n° 1 fixé par l'OMS Europe dans le cadre de son « Plan d'action pour la santé sexuelle et reproductive : mise en œuvre du Programme de développement durable à l'horizon 2030 en Europe – ne laisser personne de côté » qui demande notamment d'« inscrire dans la législation le droit de toute personne, tout au long de son parcours de vie, de rechercher, de recevoir et de transmettre des informations sensibles à la dimension de genre, portant sur la sexualité humaine, la santé sexuelle et reproductive et les droits sexuels et reproductifs ».

complète sur la transmission de la vie et ses conséquences »¹. L'organisation verticale de la diffusion de l'information sur les droits sexuels et reproductifs à destination des mineurs se révèle insuffisante (1), les obligeant à s'informer eux-mêmes via des sources horizontales dont la fiabilité n'est pas toujours garantie (2).

1. L'insuffisance de l'information verticale

100. L'information des mineurs sur leurs droits sexuels et reproductifs a été élaborée sur un mode de diffusion verticale, reposant sur l'action combinée du parent, de l'enseignement, des services médicaux-sociaux et enfin de l'État lui-même. Cette organisation doit permettre d'assurer une diffusion suffisante pour sensibiliser les mineurs et les informer de l'autonomie dont ils disposent dans l'exercice de leurs droits sexuels et reproductifs. La sexualité fait encore l'objet aujourd'hui d'un tabou de la société², allant jusqu'au « déni-sociétal »³. « Plus une société est disposée à prendre acte du caractère inéluctable de la sexualité des jeunes, plus elle est en mesure de mettre en œuvre des politiques de prévention efficaces »⁴. En 2000, le Conseil national du Sida reprenait les propos d'un intervenant en milieu scolaire qui dressait un bilan préoccupant des connaissances des mineurs en matière de sexualité, décrivant une grande « misère affective et sexuelle » chez les adolescents, résultant de la démission des parents qui préfèrent se décharger de cette mission d'information et d'éducation sur l'Éducation nationale. Cette dernière a pendant longtemps attendu la même chose du parent⁵, si bien que le mineur n'était pas informé. Ce constat a été dressé une année plus tôt lors de l'enquête réalisée par la SOFRES⁶ pour Sida Info service⁷ selon lequel, « la sexualité est une préoccupation majeure et reste un sujet sensible, difficile à aborder au sein de la cellule familiale ». Lorsque l'information est donnée par le parent, cette mission est généralement endossée par les mères et s'adresse plus fréquemment aux jeunes filles qu'aux garçons⁸. Les difficultés rencontrées par les père et mère confrontés aux interrogations de leur enfant peuvent être surmontées par la mise en place de formations parentales⁹, ou par une information délivrée de manière effective tout au long du parcours scolaire. Une fois informés, les enfants devenus parents à leur tour seront mieux armés pour assurer cette transmission. Il est essentiel que l'enseignement national assure correctement sa mission d'information. Pourtant il existe encore aujourd'hui « une forte réticence des parents et des enseignants qui se traduit par la crainte d'initier des

¹ L. Neuwirth rapport 25 octobre 2000, *op. cit.*, avant-propos, p. 3.

² F. Laurent, rapport relatif à *L'éducation à la sexualité*, Haut Conseil à l'Égalité du 13 juin 2016, n° 2016-06-13-SAN-021.

³ N. Bajos, C. Moreau, H. Léridon et M. Ferrand, « Pourquoi le nombre d'avortements n'a-t-il pas baissé en France depuis 30 ans ? », *Population et Sociétés*, n° 407, décembre 2004, p. 1-4 ; Centre d'Analyse Stratégique « comment améliorer l'accès des jeunes à la contraception, comparaison internationale », note d'analyse n° 226, juin 2011, p. 5.

⁴ Propos tenus par l'UNICEF. Citée par A. Daguerre et C. Nativel, « Voyage au pays des maternités précoces », *Le Monde diplomatique*, décembre 2003, p. 12. Repris par le Centre d'Analyse Stratégique note d'analyse n° 226, juin 2011 *pré. cit.*, p. 5.

⁵ CNS, rapport du 6 mars 2000, *op. cit.*, p. 13.

⁶ Société Française d'Études et de Sondages.

⁷ SIDA INFO SERVICE, « Les 15-24 ans face au sida et à la sexualité » *op. cit.*

⁸ CNS rapport du 6 mars 2000, *op. cit.*, p. 13 ; v. aussi M. Bozon, « Autonomie sexuelle des jeunes et panique morale des adultes - Le garçon sans frein et la fille responsable », *op. cit.*, n° 29.

⁹ *Ibid.* Recommandation n° 21 : « Organiser une communication régulière à destination des parents pour les informer sur l'éducation à la sexualité ».

comportements sexuels plus prématurément qu'ils n'auraient eu lieu spontanément »¹. Cette conclusion relève de préjugés et d'idées reçues, car seule une information fiable et adaptée sur ces droits favorise un comportement responsable des mineurs au moment de les exercer².

101. Confronté à ces obstacles, le législateur a imposé en 2001 la mise en place dans les écoles, collèges et lycées de trois séances annuelles au minimum consacrées à l'éducation à la sexualité³. Comme l'obligation scolaires est maintenue en France jusqu'à seize ans révolus, tous les mineurs devraient en principe bénéficier de cette formation minimum. Seulement dès 2009, l'IGAS⁴ a dressé un premier constat selon lequel l'obligation est inégalement et partiellement appliquée⁵. En cas de non-respect, l'établissement ne fait l'objet d'aucune sanction, ce qui contribue à ce qu'elle ne soit pas perçue comme contraignante ni appliquée comme telle. Ce sentiment « d'obligation facultative » est renforcé par les propos de la circulaire du 17 février 2003 qui considère que « le nombre de trois séances annuelles fixé par le Code de l'éducation doit être compris plutôt comme un ordre de grandeur à respecter que comme un nombre rigide de séances exclusivement dévolues à l'éducation à la sexualité »⁶. L'effectivité de l'obligation se trouve conditionnée à l'adhésion des parents, des chefs d'établissement et du personnel éducatif, car « l'éducation à la sexualité doit trouver sa place à l'école sans heurter les familles ou froisser les convictions de chacun » tout en affirmant « ces valeurs communes dans le respect des différentes manières de vivre »⁷. Cette formulation illustre parfaitement les difficultés rencontrées par l'éducation et la porte ouverte aux personnes hostiles à cette information⁸. En la matière, le législateur tente un tour de force en associant le caractère contraignant d'une norme légale à une application qui repose exclusivement sur le volontariat : « au collège et au lycée ces séances sont prises en charge par une équipe de personnes volontaires constituée avec un souci de pluralité [...] ».

¹ HCE rapport 13 juin 2016, *op. cit.*, p. 21.

² UNESCO, « Éducation sexuelle complète une étude mondiale » publiée en 2015 ; rapport complet : *L'éducation sexuelle complète : Nouvelles données, leçons et pratiques*, Étude mondiale 2015 ; ce constat a déjà été abordé par L. Neuwirth dans son rapport du 25 octobre 2001 *op. cit.*, p. 15 : « parler de contraception aux adolescents ne signifie pas hâter ou banaliser le premier rapport sexuel, mais plutôt de les responsabiliser et de les inciter à attendre d'être prêts avant de se lancer. ».

³ Art. L.312-16 C. Educ. Ce qui permet en principe une éducation délivrée tout au long du cursus scolaire de l'enfant ; v. aussi la Circulaire sur L'éducation à la sexualité dans les écoles, collèges et lycées, du 17 février 2003, n° 2003-027, non abrogée : « Dans le cadre de sa mission d'éducation et en complément du rôle de premier plan joué par les familles, l'école a une part de responsabilité à l'égard de la santé des élèves et de la préparation à leur future vie d'adulte : l'éducation à la sexualité contribue de manière spécifique à cette formation dans sa dimension individuelle comme dans son inscription sociale. ».

⁴ Inspection générale des affaires sociales.

⁵ IGAS rapport d'octobre 2009, *op. cit.*, constat renouvelé en 2016 par le HCE suite à son baromètre « Éducation à la sexualité en milieu scolaire », réalisé en 2014-2015, au sein d'un échantillon de 3 000 établissements (1001 écoles élémentaires, 1300 collèges et 695 lycées) fourni par le Bureau des études statistiques sur les élèves, Direction de l'évaluation, de la prospective et de la performance, Ministère de l'Éducation nationale de l'Enseignement supérieur et de la Recherche. L'échantillon est représentatif des établissements scolaires, car sont inclus les établissements publics et privés sous contrat avec l'État. Les réponses ont été recueillies du 28 septembre au 23 novembre 2015.

⁶ Circ. sur *L'éducation à la sexualité dans les écoles, collèges et lycées* du 17 février 2003, *op. cit.*, n° 2.1.1.

⁷ *Ibid.*

⁸ Centre d'Analyse Stratégique, note n° 226 *op. cit.* : « Les associations de parents d'élèves seraient parfois réticentes à la tenue de cours d'éducation sexuelle (entretien réalisé auprès du professeur Nisand le 1^{er} avril 2011). Par conséquent, il semblerait que ces cours ne soient pas régulièrement assurés avant la classe de quatrième, ce qui, de l'avis des spécialistes, est déjà tardif pour lutter contre les préjugés et prévenir la violence (entretien avec M-P Martinet et C. El Mghazli du mouvement du planning familial, 8 avril 2011) ».

102. Pour ménager les enseignants et les parents d'élèves, la circulaire remet en question l'intérêt même de cette législation. Cette interprétation *contra legem*, interroge sur la légalité de cette circulaire dont la nature semble clairement réglementaire. Ce sentiment d'illégalité est renforcé par le constat posé en 2016 par le Haut Conseil à l'Égalité qui fait suite à l'enquête réalisée en 2015 dans 3 000 établissements scolaires¹. Cette enquête souligne que « 25 % des écoles répondantes déclarent n'avoir mis en place aucune action ou séance en matière d'éducation à la sexualité, nonobstant leur obligation légale », elle fait part d'un manque de formation du personnel enseignant et que « lorsque des séances ou actions d'éducation à la sexualité sont menées, cela ne concerne pas toutes les classes du CP à la Terminale, mais en priorité des classes de CM1 et de CM2 pour l'école, des classes de 4^e et 3^e pour le collège, et des classes de 2^{de} pour le lycée ». Selon le HCE parmi les 12 millions de jeunes scolarisés chaque année, seule une minorité bénéficie de l'information prévue par la loi pour les sensibiliser à l'exercice de leurs droits. L'enseignement scolaire est l'une des seules sources d'information verticale en mesure d'atteindre aussi bien les hommes que les femmes (nonobstant les campagnes de sensibilisation organisées par l'État). Face à cette carence, l'obligation d'information repose principalement sur les professionnels médico-sociaux (personnel soignant² et personnel de l'assistance sociale) qui interviennent dans les établissements d'enseignement. En pratique ce sont eux qui forment le premier maillon de la chaîne de l'éducation et de la promotion des droits sexuels et reproductifs³ auprès des mineurs. Cette information est généralement envisagée dans le cadre d'une prise en charge médico-sociale, lors du recours à la contraception d'urgence ou à l'interruption volontaire de grossesse. Elle n'intervient qu'une fois que le mineur est confronté aux conséquences de son ignorance. Cette information apparaît comme l'information de la dernière chance. Ce rapport ouvre sur une autre critique, en liant l'information sur la contraception d'urgence à celle sur l'interruption volontaire de grossesse, ce qui revient potentiellement à privilégier le public féminin⁴. Le système vertical mis en place souffre de nombreuses imperfections qui favorisent l'absence ou le retard dans la délivrance de l'information requise à l'exercice autonome des droits éminemment personnels du mineur.

103. Restent les actions de sensibilisation globales organisées directement par l'État (tracts à délivrer lors des consultations, message via la télévision et la radio, mise en place de sites institutionnels...). Ces actions consistent généralement à faire un point sur les connaissances globales de la population. Leur impact ne semble que peu déterminant sur les comportements individuels en raison de leur espacement

¹ HCE, Baromètre éducation à la sexualité en milieu scolaire, réalisé en 2014-2015, au sein d'un échantillon de 3000 établissements, *op. cit.*

² Concernant les infirmière/médecins scolaires sont en sous-effectif selon le HCE en 2015 début 2016, « le ministère de l'Éducation nationale compte 7 591 infirmier.ère.s en service, auxquels s'ajoutent 1202 médecins, pour, la même année, 4 334 951 élèves dans le second degré public. », *idem.* p. 84, ce qui représente une infirmière ou médecin pour 493 élèves.

³ *Ibid.* : « Selon le baromètre, ce sont [ces professionnels du secteur sanitaire et social] qui, dans les collèges et les lycées, impulsent (à hauteur respectivement de 81 % et de 76 %) et animent (pour 80 % et 69 % des séances) l'éducation à la sexualité. » p. 89.

⁴ Hormis l'art. L. 2212-4 CSP, qui envisage une information à destination du « couple » dans son alinéa 4, les autres font référence à la « femme » parfois qualifiée de « mineure ». L'homme n'est jamais explicitement désigné comme une cible potentiel de cette information.

dans le temps¹ et d'une restriction à la question de l'exercice du droit à la contraception². Un certain nombre d'idées reçues persistent, parfois accompagnées de désinformation tant à l'égard de la sexualité que de la contraception ou de l'interruption de grossesse. Lors d'une enquête réalisée en 2007, il est apparu que « près d'un quart (22 %) des Français et 34 % des jeunes de 15-20 ans interviewés pensent que la pilule peut rendre stérile et fait systématiquement grossir (24 %) ; [...] 53 % des Français croient qu'une femme ne peut pas tomber enceinte si un rapport sexuel a eu lieu pendant ses règles et 64 % qu'il existe des jours sans aucun risque de grossesse simplement identifiables en surveillant son cycle ;[...] seuls 5 % des français, et 15 % des 15-20 ans connaissant la contraception d'urgence savent qu'il est possible de l'utiliser jusqu'à 72 h après un rapport non protégé »³. En octobre 2009, l'IGAS aggrave ce bilan par la persistance dans la population d'idées fausses et de lacunes importantes dans la connaissance de la contraception et des moyens pour éviter une grossesse non désirée, en dépit des campagnes d'information⁴. Comment exercer des droits lorsque l'on ignore leur existence ou leur fonctionnement ? Les limites du système vertical conduisent les mineurs à se tourner vers d'autres sources d'informations qui peuvent se révéler néfastes, considérant qu'elles recherchent à écarter la personne de l'exercice de ses droits.

2. *Les risques liés à la fiabilité des informations horizontales*

104. Il apparaît aujourd'hui qu'une majorité de la population, dont les mineurs, se sent globalement informée en matière de sexualité⁵. Seulement, il s'agit désormais moins d'organiser l'accès à l'information qui peut être trouvée de manière autonome que de veiller à sa fiabilité. L'information verticale est complétée par une auto-information qui s'effectue principalement de manière horizontale par les pairs. Cette information requiert chez les personnes qui y ont recours une maturité suffisante pour hiérarchiser ces sources en fonction de leur fiabilité et déceler le vrai du faux⁶. Cela implique d'être

¹ De 1981 à 1982, première campagne grand public « La contraception est un droit fondamental » ; 1992 « La contraception, ça devient simple quand on en parle » ; 2000 « La contraception, à vous de choisir la vôtre » ; 2002 « La contraception ne laissez pas l'imprévu décider à votre place » ; 2007 « La meilleure contraception est celle que l'on choisit » ; 2008 « Vous ne pouvez pas parler de contraception autour de vous ? Parlez-en avec nous » ; 2009 « Faut-il que les hommes tombent enceintes pour que la contraception nous concerne tous ? » ; 2013 « La contraception qui vous convient existe ».

² Le Haut Conseil à l'Égalité femme/homme a soulevé dans son rapport relatif à « l'accès à l'IVG, volet 1 : Information sur l'avortement sur Internet », de 2013, n° 2013-0912-HCE-008, a dans sa recommandation n° 4, envisagé de réaliser la première campagne nationale concernant les droits à l'avortement. 38 ans après son accès et au jour où ces lignes sont écrites celle-ci n'a toujours pas eu lieu.

³ INPES, « Enquête téléphonique auprès d'un échantillon national représentatif de la population française âgée de 15 à 75 ans », de 2004 personnes interrogées du 27 janvier au 7 février 2007.

⁴ IGAS, rapport d'octobre 2009, n° RM2009-118A, *op. cit.*, p. 4.

⁵ F. Beck, J.-B. Richard (dir.), *Les Comportements de santé des jeunes, analyses du Baromètre santé 2010*, Saint-Denis : Inpes, coll. Baromètres santé, 2013.

⁶ Ex. : le constat réalisé en 2010 par le bureau régional pour l'Europe de l'OMS qui souligne que « Les médias contemporains, à commencer par les téléphones cellulaires et Internet, sont devenus en très peu de temps une source d'information très importante. Mais une bonne partie de cette information, surtout en ce qui concerne la sexualité, est dénaturée, incohérente, non réaliste et souvent humiliante, en particulier pour les femmes (pornographie sur Internet). Il en résulte un nouvel argument en faveur de l'éducation sexuelle : la nécessité de réagir et de corriger les informations et les images erronées véhiculées par les médias », OMS Bureau régional pour l'Europe et BZgA, « Standards pour l'éducation sexuelle en Europe », 2010 [2013]. Réactualisé en décembre 2014. L'objectif étant de permettre aux jeunes de « connaître la sexualité aussi bien en termes de risques que de potentialités, afin qu'ils puissent développer une attitude positive et responsable dans ce domaine. ».

déjà en possession d'une partie de la réponse (via les sources institutionnelles) ou, de disposer d'un recul suffisant acquis généralement avec l'expérience. Dans le cas contraire, la personne s'expose à des influences diverses qui peuvent, sous couvert d'information, chercher à orienter la personne dans ses décisions¹.

105. En 2010, l'OMS constate que « les médias contemporains, à commencer par les téléphones cellulaires et Internet, sont devenus en très peu de temps une source d'information très importante. Une bonne partie de cette information, surtout en ce qui concerne la sexualité, est dénaturée, incohérente, non réaliste et souvent humiliante, en particulier pour les femmes (pornographie sur Internet). Il en résulte un nouvel argument en faveur de l'éducation sexuelle : la nécessité de réagir et de corriger les informations et les images erronées véhiculées par les médias »². En 2013, il est clairement apparu que le vide laissé par les institutions sur Internet sur des sujets tels que le droit à l'interruption volontaire de grossesse avait été comblé par des sites « d'information » gérés en sous-main par des organisations désignées comme « anti-choix » par leurs détracteurs³. Leur objectif est moins d'informer que d'influencer leur destinataire. Cette influence est renforcée par la situation de double vulnérabilité dans laquelle la personne se trouve, du fait de sa détresse et de sa minorité⁴.

106. Le Haut Conseil à l'égalité envisageait une première réponse par l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse⁵ aux obstacles de nature « psychologiques », à savoir, toute « information volontairement tronquée sur un site Internet ou un discours ouvertement contraire à la liberté qu'a toute femme d'interrompre une grossesse, à l'occasion d'un appel téléphonique, délivré après avoir consulté ledit site [...] ». Ce constat prouve l'existence de tentatives visant à influencer la décision des femmes et à faire pression sur les mineures pour qu'elles se conforment à la pensée et au choix de leur interlocuteur. Si le droit reconnaît leur autonomie, c'est bien pour écarter ce

¹ IGAS, rapport octobre 2009, *op. cit.* : « Ces idées fausses sont d'autant plus difficiles à combattre qu'elles se diffusent très rapidement dans un contexte où l'information par les pairs via les forums de discussion prend le pas sur la consultation des sites officiels ou la lecture des brochures mises à disposition du public. » p. 32 ; entraînant la volonté du législateur d'étendre les éléments matériels du délit d'entrave à l'IVG par voie numérique. Proposition de loi « relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse », n° 4118 du 12 octobre 2016.

² « 80% des jeunes qui ont eu recours à Internet pour des questions de santé jugent les informations recueillies sur Internet le plus souvent crédibles. Et que par ailleurs, 10% des 15-75 ans déclarent avoir modifié la façon de s'occuper de leur santé suite aux informations trouvées sur Internet » : OMS Bureau régional pour l'Europe et BZgA, « Standards pour l'éducation sexuelle en Europe », *op. cit.*, p. 159 ; HCE femme/homme rapport n° 2013-0912-HCE-008, *op. cit.*, « Partie 1 : L'accès à une information de qualité : un droit non garanti aujourd'hui, et pourtant clé dans l'accès à l'avortement » : F. Beck, J.-B. Richard (dir.), *Les Comportements de santé des jeunes. Analyses du Baromètre santé 2010*, *op. cit.*, p. 13.

³ Tels que : www.ivg.net ; www.avortementivg.com ; www.avortement.net ; www.enceinteinquiète.org ; www.sos-tout-petits.org ; www.sosbebe.org ; www.ecouteivg.org ; dont certaines rubriques s'adressent directement et explicitement aux mineures en recherche de réponse. Ce référencement a fortement évolué depuis la volonté exprimée du gouvernement de lutter contre ces sites « anti-choix ».

⁴ Comme le souligne Mme Jouanno « Ce constat est particulièrement alarmant quand on imagine les conséquences de ces informations sur des femmes vulnérables, et plus spécialement sur les jeunes filles. », rapport réalisé au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur l'IVG et le délit d'entrave par voie numérique, Sénat, 1^{er} décembre 2016, n° 172.

⁵ Art. L. 2223-2 CSP.

type de manœuvre¹. Comme le souligne Madame Courtelle, il ne s'agit ni de favoriser l'interruption de grossesse ni de décourager la personne, seulement de permettre aux femmes qui le désirent d'accéder à leurs droits sans pression physique ou psychologique d'aucune sorte². Malgré la reconnaissance de l'autonomie juridique des mineurs dans les choix en matière de parenté, celle-ci demeure conditionnée à une information complète et fiable. En définitive, la problématique de l'information illustre les difficultés rencontrées qui parcourent la société entre d'une part l'autonomie nécessaire des individus dans l'exercice de leurs droits sexuels et reproductifs et d'autre part le vœu pieux de maintenir les mineurs éloignés des considérations que l'on estime à tort appartenir au monde des adultes. Sous couvert de protection, les jeunes sont maintenus dans un état de minorité qui s'éternise bien au-delà de leurs dix-huit ans³. La résolution des problèmes liés à l'information et l'exercice des droits personnels en matière sexuelle et reproductive ne permet pas à elle seule de reconnaître aux mineurs une autodétermination dans leur projet parental.

¹ Proposition de loi du 12 octobre 2016, n° 4118, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relative à « l'IVG et à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse », transmise par M. Le Président de l'Assemblée nationale à M. le Président du Sénat, texte n° 174 enregistré à la Présidence du Sénat le 1^{er} décembre 2016. Après l'échec de l'insertion d'un premier amendement prévoyant cette extension au sein du projet de loi relatif à l'égalité et à la citoyenneté, retoqué car il constituait au sein de ce premier projet un « cavalier législatif ».

² C. Coutelle, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, du 23 novembre 2016, n° 4245., *Assemblée nationale*, p. 23.

³ V. sur ce point : A. Daguerre, C. Nativel, « Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques », *Dossiers d'études de la CAF*, n° 53, février 2004. : « Les adultes semblent démunis lorsqu'il s'agit d'accompagner les jeunes dans leur transition vers le monde adulte car le mythe de l'éternelle jeunesse a fortement brouillé la notion de transition à travers les âges de la vie [...] », « qui tend à "engluer" les jeunes dans une adolescence qui s'éternise. », A. Fournaud, *La confusion des rôles. Les Toujours-jeunes et les Déjà-vieux*, JC Lattès, 1999.

Conclusion du Chapitre I

107. En ouvrant l'accès à la contraception et à l'interruption volontaire de grossesse, le législateur a renforcé le rôle accordé à la volonté individuelle dans le cheminement qui permet l'attribution du statut de parent. L'exercice des droits sexuels et reproductifs favorise l'autodétermination des personnes en leur offrant le choix du moment, du nombre et de l'espacement des naissances. La maîtrise de la natalité est passée de la sphère publique à celle de la vie privée. L'objectif étant que ces droits puissent s'exercer en dehors de toutes contraintes sociales ou matérielles.

Ces droits ont été reconnus aux mineurs en âge de procréer. Cette reconnaissance est intervenue à une époque où les mineurs étaient encore appréhendés exclusivement comme l'objet du droit de leurs parents, bien avant que leur statut de sujet de droit ne soit rappelé par la Convention internationale des droits de l'enfant. Ces droits ont mis en lumière un certain nombre de difficultés, car la personnalité juridique du mineur ne pouvait plus être entièrement occultée par sa protection. Ce constat a eu pour effet de poser la question de l'articulation de ces droits avec ceux attribués à leurs parents. Or, la puissance paternelle comme l'autorité parentale ont permis dans un premier temps à certains parents de substituer leur volonté à celle de leur enfant en lui imposant de poursuivre une grossesse non désirée. Cet usage des prérogatives parentales s'est révélé non seulement contraire à l'objectif recherché par l'ouverture des droits sexuels et reproductifs aux mineurs qui était de diminuer le nombre de grossesses dans cette population, mais aussi à celui de leur protection, entraînant l'intervention de la protection de l'enfance. Pour éviter qu'un parent n'interfère dans le choix de son enfant, ces droits ont progressivement quitté le domaine simplement personnel pour entrer dans la sphère de la plus stricte intimité des mineurs qui peut échapper à l'autorité parentale. Cette évolution a permis de renforcer la sphère d'autonomie dans laquelle un mineur est en capacité d'exercer personnellement ses droits.

Accorder l'autonomie juridique à des personnes mineures qui en sont en principe dépourvues, implique de compenser leur dépendance à l'égard de leurs parents. Les différentes solutions légales et jurisprudentielles destinées à limiter l'ingérence parentale dans l'exercice des droits éminemment personnels des mineurs ont permis de révéler les critères conditionnant l'autonomie juridique de manière générale. Si l'appréciation du discernement ne se pose qu'exceptionnellement pour les personnes majeures, elle joue à l'égard des mineurs un rôle prépondérant, car leur immaturité est présumée. L'évaluation du discernement conditionne le degré d'aptitude des personnes pour protéger leurs intérêts personnels sans l'intervention d'un tiers. Cette aptitude est requise pour l'exercice personnel d'un droit, et ce, quel que soit sa nature. Ce n'est qu'en reconnaissant au mineur une aptitude décisionnelle que l'autorité détenue par ses parents pourra être écartée. L'attribution d'une valeur juridique à la volonté du mineur est le premier pas vers l'exercice personnel d'un droit, toutefois, dans

le cas des mineurs, cette volonté viendra en concurrence de celle de leurs parents, ce qui implique de prévoir leur articulation en cas d'opposition.

Si une priorité est donnée à la volonté du parent sur celle du mineur, l'autorité parentale ne sera écartée qu'au profit d'une assistance, ses père et mère conservant ainsi un droit de veto sur la décision de leur enfant. Même limité à une assistance, le mineur qui souhaitait exercer ses droits sexuels et reproductifs pourra éventuellement se heurter au refus de ses parents. C'est la raison pour laquelle, il a été décidé d'accorder une prépondérance à volonté du mineur en cas d'opposition avec ses parents. Cette autonomie de la volonté du mineur ne peut être effective qu'à condition de permettre une décision libre et éclairée. Dans ce cadre, les parents disposent via leur autorité parentale d'un droit d'information destiné à les aider et les guider dans les choix concernant leur enfant. L'information conditionne l'exercice personnel des droits, car elle confère au consentement les qualités requises pour sa validité, ce qui conduit pour les mineurs à l'intégrer à l'obligation générale d'éducation liée à leur statut.

Lorsque l'exercice de ces droits implique la réalisation d'un acte juridique, se pose la question de la capacité juridique personnelle du mineur, compensée en principe par la représentation légale de ses parents. Dans le cas où l'autonomie décisionnelle des mineurs ne s'accompagne pas d'une capacité juridique personnelle, l'autorité parentale n'est écartée qu'au profit d'une assistance juridique, accordant aux parents la possibilité de refuser de les représenter, s'il estime que l'acte est contraire à ses intérêts. Seule une capacité juridique exceptionnelle concurrente de la représentation légale attribuée aux parents permet de surmonter cet obstacle. Toutefois se pose la question du financement de l'acte lorsqu'il est de nature onéreuse. Faute de financement en raison du refus opposé par ses parents, le mineur peut être amené à renoncer à l'acte, ce qui revient à renoncer à l'exercice même de son droit en raison de sa dépendance à la représentation de ses parents. Toute capacité juridique exceptionnelle doit s'accompagner d'une source de financement tout aussi exceptionnelle, ou à défaut, d'une gratuité.

L'exercice des droits dont la nature est éminemment personnelle, implique pour les personnes mineures de surmonter les obstacles liés non seulement à leur vulnérabilité mais aussi leur dépendance à leurs parents. Dans le cas contraire, l'autonomie accordée ne sera qu'imparfaite, chaque imperfection permettant à la volonté parentale de l'emporter sur celle exprimée par l'enfant, au risque d'imposer à l'enfant la poursuite d'une grossesse qu'elle n'aurait pas désiré, repoussant son choix au moment de l'accès au statut de parent par l'exercice des droits permettant à une personne de se lier juridiquement ou non à son enfant.

Chapitre II : L'exercice des droits de filiation par un mineur

108. En raison de l'autonomie dont le mineur bénéficie dans le cadre des droits sexuels et reproductifs, les questions de la filiation et de l'accès au statut de parent surviennent en raison d'un échec de contraception¹, de l'impossibilité de procéder à son interruption, ou encore de la volonté du mineur(e) de mener un projet parental à son terme. Comme constaté en introduction², le nombre d'enfants nés de mères de 18 ans et moins s'élevait, en 1987, à 6 043 dont 646 pour les mères de moins de 16 ans, ce nombre a aujourd'hui fortement reculé³. Cette baisse est due pour partie à l'autonomie reconnue aux mineurs dans l'exercice de leurs droits sexuels et reproductifs⁴. En 2004, le taux des grossesses chez les mineures (de 10 à 18 ans) est passé à 24 ‰, dont un tiers ont été menées à terme⁵. Le 15 janvier 2019, l'Insee a publié ses prévisions sur la fécondité en fonction de l'âge des mères, permettant d'estimer le nombre d'enfants nés de mères mineures⁶, en tenant compte du nombre total de femmes sur ces tranches d'âge⁷, il est possible d'obtenir une estimation de 2 766 enfants nés de mères âgées de 15 à 17 ans en 2018⁸. Ces naissances ont diminué de moitié en 29 ans. Si ce chiffre paraît négligeable en comparaison du nombre total de naissances⁹, il ne peut être ignorés en raison de questions juridiques que ces naissances soulèvent par le lien juridique de l'enfant à son parent-mineur et l'exercice de ces droits, que ce soit dans l'établissement du lien de filiation avec son enfant (**Section 1**) ou sur l'attribution et l'exercice des droits et obligations nés de cette filiation (**Section 2**).

¹ Soit du fait d'une absence totale de recours à la contraception soit à une mauvaise observance des moyens de contraception, conduisant à un oubli de pilule ou au mauvais usage du préservatif (V. rapport Uzan 1999 *op. cit.*, ou plus récent le rapport de l'IGAS d'octobre 2009, *op. cit.*, pp. 3 et 13 s.).

² V. *supra* n° 3.

³ S. Papon, « 75 000 nouveau-nés en France en 2018 : seulement 12 000 ont une mère de moins de 20 ans », *Insee Première*, septembre 2019, n°1773.

⁴ HCE, rapport décembre 2006 *op. cit.*, p. 5.

⁵ M. Uzan, « La grossesse et l'accouchement des adolescentes », 2004, disponible : www.lesjta.com/article.php?ar_id=955 ; C. Pawlak : « Grossesse à l'adolescence. », in *Dictionnaire de psychopathologie de l'enfant et de l'adolescent*, D. Houzel, M. Emmanuelli, F. Moggio, éd. PUF, 2000, pp. 304-307.

⁶ Insee, « fécondité selon l'âge détaillé de la mère en 2018 », chiffres-clés, paru le 15/01/2019, ces chiffres offrent une comparaison avec le taux de 2008, montrant une légère diminution du taux de fécondité chez les mineures entre 2008 et 2018, <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381386#tableau-Donnes>.

⁷ Le taux de fécondité en 2018 rapporté par cette étude serait de 0,7 ‰ pour les femmes de 15 ans ; de 2,0 ‰ pour la tranche de 16 ans, et de 4,1 ‰ pour celles ayant atteint 17 ans.

⁸ Selon le bilan démographique dressé par l'Insee « Population totale par sexe et âge au 1er janvier 2019 en France », 15 janvier 2019 : on dénombre 402 532 femmes âgées de 15 ans, 403 441 de 16 ans et 409 037 de 17 ans ; Source : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1892086?sommaire=1912926>. Cependant, ce chiffre obtenu par l'addition de ces différents résultats n'est qu'une estimation vraisemblablement sous-évaluée car nous ne disposons pas de données sur les naissances issues d'adolescentes dans la tranche d'âge de 10 à 14 ans, même si ces grossesses semblent faire l'objet d'une interruption pour motif médical. V. M.C. Voltzenlogel (dir), « Prise en charge chez la mineure de moins de 15 ans : un challenge multidisciplinaire », *J. Gynecol Biol Reprod* (Paris) 2013, <http://dx.doi.org/10.1016/j.jgyn.2013.07.005>. Dans ces chiffres n'apparaissent pas : les accouchements effectués de manière anonyme, faute de pouvoir vérifier son âge ; ni celles dont le père s'avère être lui-même mineur (ces chiffres ne s'attachent qu'à la femme). Ce nombre était estimé à 3 054 en 2016.

⁹ Insee, « Bilan démographique 2018, la fécondité en baisse depuis quatre ans. », *Insee première*, n° 1730, janvier 2019. Il est fait état de 758 000 naissances déclarées durant l'année 2018. Rapportées aux nombres de naissances estimées des mineures entre 15 et 17 ans, ces naissances représenteraient 0,36 ‰ des naissances totales.

Section 1 : L'établissement du lien de filiation entre le mineur et son enfant

109. Le devenir d'une grossesse et le lien juridique existant entre l'enfant et son parent sont aujourd'hui perçus comme l'aboutissement d'un projet parental favorisé par la promotion de l'exercice personnel des droits sexuels et reproductifs. Confronté à une naissance devenue inévitable et à la gravité du choix qui s'impose à lui, l'imminence du mineur est toujours présumée et l'exercice de ses droits se heurte en principe à l'autorité de ses parents. Pour cette raison, il convient de déterminer si le mineur peut choisir de devenir parent et exercer personnellement ses droits relatifs à la filiation, qu'il s'agisse de refuser son lien juridique avec l'enfant (§ 1), ou au contraire, de revendiquer sa filiation et d'accéder au statut de parent (§ 2).

§ 1 : Le refus du lien juridique entre le parent-mineur et son enfant

110. Confrontées à une grossesse non désirée qui n'a pu être interrompue, la loi offre aux femmes la possibilité de solliciter l'anonymat au moment de leur accouchement. Le secret qui entoure cette naissance permet de faire obstacle au lien juridique entre l'enfant et la femme qui lui a donné naissance. Dans le cas des mineures, le maintien de l'autorité parentale confère à ses parents l'aptitude¹ de décider et d'agir dans son intérêt. L'anonymat de l'accouchement est opposable y compris aux parents de la mineure qui conserve la capacité de refuser le lien juridique avec son enfant (**A**). Cette fiction juridique n'est efficace qu'à condition que le secret soit respecté de manière absolue. Dans le cas contraire, la mineure permet à ses parents d'établir un lien de filiation avec son enfant en empiétant sur sa volonté de ne pas établir sa filiation (**B**).

A- Le refus du lien juridique lors de l'accouchement anonyme

111. L'anonymat de l'accouchement a été introduit lors de la Révolution française à l'article 57 du Code civil. Celui-ci prévoit que la déclaration de naissance faite auprès de l'état civil peut ne comporter aucune mention des noms des père et mère², sans pour autant entacher la validité de l'acte de naissance. L'anonymat est un moyen efficace de lutter contre l'infanticide, l'avortement ou l'abandon « sauvage »

¹ L'aptitude est définie juridiquement comme une qualité correspondante, chez la personne à laquelle elle est reconnue, à une potentialité de droit qui sert aussi à définir la personnalité juridique et nous entendons ici comme une capacité réelle ou supposée ; *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), éd. PUF, 10^{ème} éd., 2014, v. « aptitude ».

² Cet article venait reconnaître une pratique ancienne avec dès le IV^{ème} siècle le dépôt de berceaux sur les parvis des églises, puis au XVIII^{ème} siècle avec la mise en place de « tours d'abandon », permettant à la génitrice de déposer son enfant dans une boîte prévue à cet effet et placée dans le mur d'un hospice permettant le recueil de l'enfant tout en préservant l'anonymat de la femme. Cette pratique a été rétablie récemment sous l'appellation de « boîte à bébé » dans certains pays européens (11 au total) tels que l'Allemagne, l'Italie, la Suisse ou encore la Pologne, poussant les Nations unies à rappeler l'atteinte que ce dispositif porte au droit des enfants à connaître leurs origines.

de nourrissons en donnant la possibilité aux génitrices de renoncer à leur rôle de mère chaque fois qu'elles estiment ne pas pouvoir décemment en assumer la charge, et ce, sans avoir à mettre leur vie ou celle de leur enfant en danger. L'accouchement anonyme tel que nous le connaissons ou « accouchement sous X »¹, est une création de la loi du 9 janvier 1993². L'article 326 du Code civil³ offre la possibilité à la mère de demander que « lors de l'accouchement, [...] le secret de son admission et de son identité soit préservé », faisant échec à l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et sa mère biologique (1). Cette loi n'envisageait pas l'exercice de ce secret par une mineure, c'est la doctrine et la jurisprudence qui en ont théorisé l'accès (2).

1. Les effets de l'anonymat sur la filiation du mineur

112. Jusqu'en 1993, l'incidence de l'anonymat sur la filiation n'était pas envisagée par la loi, le secret de la naissance ne traitant que des aspects financiers liés à l'accouchement. La prise en charge des frais de santé et l'hébergement⁴ par le service de l'aide sociale à l'enfance du département de l'établissement ayant procédé à l'acte⁵ était assurée par la solidarité nationale pour garantir la « gratuité » requise à l'effectivité de ce droit. Depuis 1993, l'accouchement anonyme ne se résume plus à cet aspect purement financier, le secret permettant de créer une fiction juridique selon laquelle la femme qui vient d'accoucher n'a juridiquement jamais accouché. L'accouchement est appréhendé comme un fait juridique liant l'enfant à sa mère. Cette relation de cause à effet résulte de l'adage romain *mater semper certa est* qui considère que l'identité de la génitrice est en principe toujours connue et certaine. La mention du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit pour permettre un lien de filiation certain avec son enfant⁶. L'anonymat fait obstacle à ce raisonnement, car la femme qui a accouché n'a pas accouché, ce qui rend la filiation juridique de l'enfant incertaine. Sans accouchement, il n'y a théoriquement pas de mère. Dans la pratique, la loi préconise que lors de son admission, aucune pièce d'identité ne soit demandée à la parturiente et aucune enquête ne pourra être entreprise à son égard⁷. L'enfant naît sans filiation juridique entraînant sa remise à l'Aide sociale à l'enfance en vue de son adoption. Cette décision intervient dans un contexte difficile, c'est pourquoi la loi prévoit un délai de réflexion de deux mois durant lesquels la femme peut revenir librement sur sa décision et demander la restitution de son enfant sans formalité suivant cette remise⁸. Une fois ce délai écoulé, l'anonymat et le

¹ Selon le rapport élaboré par Mme Bousquet, relatif à l'accès aux origines personnelles du 23 mai 2001, n° 3087 : cette appellation serait issue de la pratique hospitalière qui consiste à demander à la femme de consigner son identité sur papier libre ou de déposer sa carte d'identité dans une enveloppe cellophane qui sera restituée après l'accouchement et qui ne peut être ouverte qu'en cas de décès de la parturiente ou de graves complications. La lettre « X » venait remplacer le nom de la mère sur l'acte de naissance.

² Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JO* 9 janvier 1993, p. 495.

³ Anc. art. 341-1 C. civ.

⁴ Décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, *JO* 30 juillet 1939, p. 9603, créant les maisons maternelles et le décret-loi du 2 décembre 1941 sur les établissements d'accouchement.

⁵ Art. L. 222-6 al. 5 CASF.

⁶ Art. 311-25 C. civ.

⁷ Art. R. 1112-2 CSP, issu du décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif au fonctionnement des services hospitaliers.

⁸ Art. L. 224-6 CASF.

secret deviennent définitifs et font obstacle à tout lien juridique entre l'enfant et sa génitrice. Par son inaction, la mère renonce légalement à sa filiation sur son enfant.

113. L'accouchement sous X peut être envisagé selon deux aspects : soit comme la volonté de rendre les enfants adoptables en créant des nourrissons sans passé¹, soit comme une protection de la femme et de son enfant². De ces deux visions, celle de la protection semble la plus légitime, car l'anonymat offre la possibilité d'un accouchement hospitalier évitant une mise en danger de la mère et de son enfant en cas de complications³. Cette volonté de protection est d'autant plus importante que les femmes qui y ont recours sont vulnérables à plusieurs titres. Une étude de l'INED⁴, réalisée dans 83 départements entre juillet 2007 et juin 2009 a permis de connaître les caractéristiques sociodémographiques de 739 femmes ayant accouché sous X. Ce travail met en avant une situation de vulnérabilité résultant à la fois de l'âge, de la situation familiale et d'une forte dépendance économique. Selon cette étude 11 % des 739 femmes étaient mineures, soit environ 81 personnes, dont 25 (31%) résidaient chez leurs parents et 22 étaient toujours scolarisées. Sur la totalité de ces femmes interrogées (tout âge confondu), 80 % ne vivaient pas en couple et ne disposaient d'aucune capacité financière. Parmi les motivations avancées pour expliquer à l'enfant leur choix de garder secret leur identité⁵ arrive en tête l'absence du père biologique ou son comportement (43 % soit environ 318 femmes), puis viennent par ordre décroissant : les difficultés financières, une grossesse survenue à un trop jeune âge, la crainte du rejet familial et enfin l'existence de traumatismes, récents ou anciens. L'institut souligne qu'à ces difficultés vient généralement s'ajouter une découverte trop tardive de la grossesse. Plus de huit femmes sur dix (environ 591) qui ont choisi le secret n'ont pris conscience de leur état qu'après la fin du délai légal permettant l'interruption de grossesse pour motif personnel. Ce sont ces mêmes difficultés qui ont amené le législateur à assouplir les règles de l'autorité parentale pour les mineures confrontées aux conséquences de leur sexualité et à la question du projet parental tant à l'égard de la contraception que de l'interruption de grossesse, pour que la décision soit celle du futur parent et non celui de ses parents. Pourtant, l'article 326 du Code civil ne prévoit aucune disposition particulière pour la mineure et n'envisage pas l'articulation de ce droit avec l'autorité parentale. En l'absence de dérogation légale, il est tentant de conclure que l'article ne fait que reconnaître un droit de jouissance aux mineures dont

¹ Cette interprétation nécessite de faire un lien avec l'adoption plénière créée quelques années plus tard par la loi « Mattei » du 5 juillet 1996 n° 96-604 relative à l'adoption (JO 6 juillet 1996 p. 10208), qui met en place la fiction juridique selon laquelle l'enfant serait « né de » ses parents adoptifs.

² Mme Bousquet, rapport n° 3087, *op. cit.*, p. 8.

³ « Une femme enceinte placée dans une situation difficile – ce qui est le cas en l'espèce et pour les femmes qui choisissent aujourd'hui d'accoucher dans l'anonymat – doit pouvoir donner naissance à son bébé en toute sécurité pour elle-même et l'enfant » : CEDH, Odièvre c/ France, 13 février 2003, n° 42326/98 ; v. aussi : C. Const., décembre n° 2012-248, QPC, *AJ. fam.* 2012, obs. F. Chénéde.

⁴ C. Villeneuve-Gokalp, « Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009 », *Population*, 1/2011 (vol. 66), pp. 135-169 ou Ined, « Les femmes qui accouchent sous le secret en France (2007-2009) », in *les mémos de la démo* disponible : <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/memos-demo/focus/accouchements-sous-x-france/>

⁵ La loi permet à la femme de laisser à destination de l'enfant des informations sur son identité ainsi que sur les raisons l'ayant poussé à opter pour l'accouchement sous le secret. Cette possibilité représente la tentative de conciliation entre la liberté de la mère de choisir l'anonymat et le droit de l'enfant de connaître ses origines pour avoir malgré tout un passé.

l'exercice reviendrait à ses représentants légaux titulaires de l'autorité parentale. Aucune décision de justice n'est intervenue afin d'en préciser le fondement faute d'avoir fait l'objet d'une véritable contestation.

2. *Le fondement de l'accès des mineures à l'accouchement sous X*

114. C'est la doctrine qui a élaboré une réponse à ces interrogations pour permettre aux mineures d'exercer personnellement ce mécanisme juridique et éviter que leur minorité ne fasse obstacle à leur décision de renoncer au lien de filiation sur l'enfant. Plusieurs justifications ont été avancées afin que la demande d'anonymat puisse émaner directement de la mineure et d'elle seule, lui consacrant en ce domaine une véritable autonomie. Une première théorie avancée envisageait l'accouchement sous le secret non pas comme un acte mais comme un fait juridique pour lequel la capacité de la personne est indifférente, le discernement étant suffisant¹. Une personne qui ne dispose pas de la capacité juridique (majeur protégé ou mineur) peut échapper aux règles organisant son incapacité et agir de manière autonome, à partir du moment où il dispose d'un discernement suffisant. Cet argument ne prend pas en compte la nature particulière de la protection des mineurs qu'est l'autorité parentale, car contrairement à la protection des majeurs, l'autorité ne se limite pas à un mécanisme de représentation légale et s'étend à toutes les décisions portant sur leur personne. Cette protection comporte un mécanisme d'autorité qui permet aux parents de décider dans leur intérêt. Ce pouvoir de décision leur octroie le droit de s'immiscer dans la sphère d'intimité de leur enfant, quand bien même il ne s'agirait que de faits juridiques en dehors de tout acte juridique². Ce mécanisme n'a pas vocation à pallier seulement l'incapacité, mais aussi l'imaturité de l'enfant. Le constat selon lequel l'accouchement sous X est un fait juridique ne permet pas à lui seul d'expliquer l'autonomie accordée aux mineures qui souhaitent y recourir, car le fait juridique relève par nature de la compétence des titulaires de l'autorité parentale chargés du gouvernement de la personne.

115. Un autre argument est avancé afin d'expliquer l'autonomie des mineures dans leur choix de l'anonymat de leur accouchement. Un auteur considère que cette décision appartient à la sphère de la stricte intimité des individus et ne peut pour cette raison faire l'objet d'un mécanisme de protection³. Cette idée a été consacrée à l'égard des majeurs protégés à l'article 458 du Code civil⁴, pour que leur protection puisse s'adapter à leur besoin et non l'inverse. La personne majeure sera libre de ses choix

¹ Ex. : C. Lacour, « Accouchement anonyme et levée du secret des origines à l'épreuve de l'incapacité », *RDSS*, 2009, p. 328 ; R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse dactyl., Lyon, 1939, n° 192.

² Ex. : La possibilité reconnue aux parents de contrôler les fréquentations de son enfant en lui interdisant de fréquenter certaines personnes.

³ « Il est bien évident, en effet, que l'abandon d'un enfant, comme sa reconnaissance, est un acte à caractère personnel, accompli par la femme en sa qualité de mère et pour lequel aucune représentation (ou assistance) n'est concevable. » : J. Massip, « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme », *D.* 1997, p. 587 ; v. également : A. Batteur, « Majeurs protégés », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 457-1 à 463, fasc. 20, avril 2016, (actualisation avril 2019).

⁴ Issue de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 ; pour une critique de cette catégorie v. P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.* n° 3, mars 2009, étude 17.

dès que l'acte envisagé est qualifié de « strictement personnel ». La transposition de ce mécanisme à l'égard des mineurs semble difficile. Ce recours à la notion d'acte « strictement personnel » a été élaboré pour délimiter l'ingérence du protecteur dans la vie du majeur protégé. La protection des majeurs pallie leur incapacité par un mécanisme de représentation légale, et ne doit pas muter en un mécanisme d'autorité¹, c'est-à-dire en un droit d'ingérence dans toutes les décisions, même les plus intimes de la vie du majeur protégé. L'autorité en tant que mécanisme de décision peut être écartée lorsque l'enfant est considéré apte à décider de lui-même, mais cette mise à l'écart doit faire l'objet d'un texte spécifique venant confier l'exercice du droit à l'enfant lui-même, ou du moins, limiter l'action du parent à un rôle de représentation légale par le mécanisme de l'assistance. Dans le cas contraire, cet exercice relève du domaine de l'autorité parentale. Cette transposition de l'article 458 du Code civil au domaine des enfants mineurs est tentante, car elle permet de régler bien des questions relatives au statut de parent, tout en évitant la multiplication des textes dérogatoires.

116. Le dernier argument avancé pour expliquer cette autonomie est que la femme qui a accouché est présumée ne pas être celle qui a accouché, et ce, de manière irréfragable. Cette fiction juridique rend impossible toute vérification de la capacité ou de la maturité de la mère, car il n'est pas possible de démontrer que c'est bien la mineure qui a donné naissance à l'enfant. C'est cette thèse qui en l'absence de texte spécifique permet de comprendre l'autonomie des mineures sans avoir à rattacher l'accouchement sous X à la sphère d'intimité des personnes ou encore à l'impératif d'autodétermination comme pour les droits sexuels et reproductifs². La capacité juridique et l'aptitude à décider des mineures dérivent du mécanisme même de l'accouchement sous X³. La fiction juridique conduit à considérer la mineure comme étant majeure, faute de pouvoir prouver sa minorité⁴ et cela même si en pratique elle demeure identifiable. La Cour de cassation a consacré cette solution dans un arrêt du 5 novembre 1996⁵. Elle a veillé à ce que l'anonymat demandé par la femme lors de l'accouchement soit absolu en lui conférant un effet rétroactif, si bien qu'en pratique, ses effets surviennent bien avant que la personne n'en fasse la demande. Cela signifie qu'il n'est pas possible de procéder à son identification en se basant sur des faits (ex : son état de grossesse) ou des actes (ex : son admission à la maternité) antérieurs à sa demande d'anonymat et qui permettraient factuellement de démontrer que la femme est bien celle qui a porté et accouché de l'enfant. Il s'agit d'« une anonyme qui demande l'anonymat »⁶. L'arrêt en lui-même ne concernait pas directement la demande du secret de l'accouchement, mais l'une de ses

¹ V. sur ce point : la recommandation adoptée par le comité des ministres du Conseil de l'Europe le 23 février 1999 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs. Principes n° 18 et 19. : « opposé à une « infantilisation » des majeurs incapables »

² V. T. Gründler, « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X ? », *RDH* [En ligne], mis en ligne le 01 juin 2013, DOI : 10.4000/revdh.197, disponible : <http://revdh.revues.org/197>. [consulté le 1^{er} octobre 2019].

³ C. Neirinck, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP* 1996, I, p. 3922, n° 13.

⁴ Art. R.1112-2 CSP.

⁵ Cass, civ 1^{ère}, 05 nov.1996, n° 96-11.073, *Dr. fam.* 1996, comm. p. 19 ; *JCP G.* 1997, II, p. 22749, note I. Garé-Ardeef ; *RTD. civ.* 1997, p. 98, obs. J. Hauser. *op. cit.* ; *JCP G* 1996, I, p. 3946, n° 8 obs. Y. Favier ; v. Cass, civ 1^{ère}, 6 avril 2004, n° 03-19026, *Juris-Data* n° 2004-023203 ; *Dr. fam.* 2004, comm 120, P. Murat ; *AJ. fam.* 2004, p. 241, obs. F. Bicheron ; *RDSS* 2004, p. 691, note F. Monéger.

⁶ J. Hauser. « La liberté qui opprime et la loi qui libère » *RTD. civ.*, 1997, p. 98.

conséquences, celle de l'abandon de l'enfant aux services sociaux en vue de son adoption. L'autonomie de la mineure qui, par le souhait de l'anonymat, décide implicitement d'abandonner son enfant peut interroger, car le silence de la loi laisse la mineure seule face à un droit pensé pour être exercé par une personne majeure. L'absence d'accompagnement d'une personne de confiance, associée au délai de rétractation de deux mois ne semble pas permettre à une mineure d'appréhender toutes les répercussions de son choix, que ce soit sur sa vie ou celle de son enfant. L'intérêt est de la préserver au mieux d'éventuels regrets¹. Ainsi, dans une autre affaire, une mineure demande, le 21 mai 1993, lors de son accouchement, à ce que son identité demeure secrète. Les faits révèlent qu'elle résidait chez ses parents et que la violence de son père l'a poussée à choisir l'anonymat de son accouchement. Un premier procès-verbal est élaboré pour constater la remise de l'enfant à l'ASE en vue de son admission en tant que pupille de l'État faute de filiation connue. Le 9 septembre 1993 soit trois mois plus tard², l'enfant est placé pour être adopté sur décision du conseil de famille des pupilles de l'État. Le 16 novembre 1993, la mineure, représentée à l'instance par sa mère, conteste la validité du procès-verbal de remise de l'enfant en soutenant que cette décision devait être prise par la mère-mineure avec l'assistance des titulaires de l'autorité parentale. Les juges du premier degré ont écarté cette demande, la mère biologique devenue majeure, interjette appel de cette décision³. La Cour lui donne raison et annule le procès-verbal de remise au motif que la décision ne comportait pas le consentement de la mère à l'abandon de son enfant et qu'une mineure seule ne pouvait sans l'assistance de l'autorité parentale remettre son enfant à l'ASE⁴. Les services sociaux forment un pourvoi en cassation.

117. La Cour de cassation casse l'arrêt, car « en l'absence de reconnaissance, la filiation n'était pas établie de sorte que le consentement de Mlle Y. n'avait pas à être constaté lors de la remise de l'enfant aux services de l'Aide sociale à l'enfance »⁵. Une solution contraire aurait eu pour effet de mettre en place un régime d'assistance, dans lequel venait s'ajouter au consentement à la décision de l'anonymat de la mineure l'accord de ses parents pour valider la remise de l'enfant. Or, une telle vision conduirait à la vérification systématique de l'identité de la parturiente pour s'assurer de son âge, ce qui provoquerait un affaiblissement de l'anonymat qui ne serait plus opposable aux parents en tant que représentants

¹ P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 125 n° 179 ; J. Hauser *op. cit.*

² Conformément à l'article 61 du Code de la famille et de l'action sociale de l'époque qui prévoyait que : « sont admis en qualité de pupille de l'État les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui ont été recueillis par le service de l'Aide sociale à l'enfance depuis plus de 3 mois » ; abrogé par l'ordonnance du 4 juillet 2005.

³ Il est possible d'en déduire qu'elle regrettait son choix et que sa mère intervenait déjà sur sa demande lors de la première instance.

⁴ La Cour d'appel avait procédé à un raisonnement par analogie tiré du régime de l'IVG de l'époque qui prévoyait l'assistance du mineur en demandant le consentement d'un de ses parents. L'accouchement sous X n'est pas une IVG dès lors que rien n'était prévu concernant le droit au secret médical invoqué par une personne mineure (v. obs., Y. Favier, *JCP* 1996, I, p. 3946). En retenant une telle argumentation, la CA posait une condition non prévue par la loi, à savoir le consentement d'un des parents. La Cour de cassation souligne dans sa solution, la distinction entre la décision de l'anonymat qui revient à la génitrice et les actes juridiques pour lesquels il est reproché l'absence de représentation par le parent de la mineure.

⁵ La Cour de cassation aurait éventuellement pu se fonder sur un raisonnement différent. Ce n'est pas la mère naturelle qui remet l'enfant à l'ASE. Tout simplement parce que l'anonymat fait totalement disparaître la génitrice du radar juridique. C'est le personnel médical qui remet l'enfant aux services sociaux, car l'enfant n'a pas de filiation établie et de ce fait, pas de mère pour effectuer cette remise.

légaux. Le régime de l'assistance présente un risque de blocage dès que le représentant refuse de réaliser l'acte juridique qu'impose la décision prise par la mineure, comme ce qui a pu être constaté en matière d'interruption de grossesse¹. En refusant de conserver la représentation des père et mère, la Cour de cassation a préservé l'exercice personnel de l'anonymat, pour accorder une capacité juridique exceptionnelle à l'égard des actes qui en sont les attributs, pour toutes les femmes qui demandent l'anonymat². D'autant que l'abandon de l'enfant est moins un acte juridique lié à l'accouchement sous X, qu'une conséquence purement factuelle de l'anonymat, empêchant le lien juridique entre l'enfant et sa famille biologique de se créer³. Cette solution peut être critiquée, car elle conduit à une mise à l'écart totale et systématique de la protection qu'est l'autorité parentale et renforce l'isolement des mineures qui auraient besoin d'un soutien tant moral que matériel⁴. Ce mécanisme, tel qu'énoncé par la Cour de cassation, permettant à « une anonyme de demander l'anonymat »⁵, ne s'inscrit plus dans l'évolution du droit des mineurs. Cette solution jurisprudentielle ne se comprend qu'en considération de l'époque où elle a été prise, laquelle ignorait encore l'existence d'un secret médical opposable aux père et mère. Un tout autre régime pourrait être envisagé pour organiser l'exercice de l'accouchement sous X par une mineure. Plutôt que de maintenir la fiction juridique qui permet l'autonomie des mineures, au prix d'un isolement et de la disparition de toute protection, il semble opportun de faire évoluer ce droit. Le droit positif dispose d'un régime général grâce auquel les mineurs peuvent opposer le secret médical à leurs parents. Ce régime parvient à concilier ce qui paraît inconciliable, à savoir autonomie et protection. Ces dispositions ont été élaborées cinq ans après l'arrêt en question, dans un premier temps pour l'exercice de l'interruption volontaire de grossesse, puis étendu en 2002 à toute décision médicale nécessaire à la santé de l'enfant. Avant de faire droit au secret demandé par le mineur, les professionnels de santé ont pour obligation de tout faire pour le convaincre d'en informer ses parents, non pas pour qu'ils décident à sa place, mais pour leur offrir l'occasion de renouer avec la mission de protection qui leur est dévolue. L'avantage de cette démarche est de rétablir le dialogue avec l'enfant qui ne peut se contenter d'une simple information sur les conséquences de sa décision⁶. Cette obligation écarte toute décision impulsive de l'enfant concernant ses parents, vu qu'elle permet de comprendre les motivations de la mineure ainsi qu'un éventuel retour de la protection parentale⁷. Comme à l'égard de l'interruption

¹ V. *supra* nos 59 s.

² F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, Que sais-je ?, 2018, p. 36 ; D. Duval-Arnould, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1994, t. 238, p. 119 ; C. Neirinck, *loc. cit.*, note (23), p. 151 ; J. Rubellin-Devichi, « Les perspectives d'évolution de la famille et le droit », in *Du politique et du social dans l'avenir de la famille*, 6-7 févr. 1990, Haut Conseil de la Population et de la famille, La doc. fr., 1991, p. 41.

³ V. *infra* nos 121 s.

⁴ Comme le transport sur les lieux de l'accouchement ou la fourniture des affaires nécessaires pour le séjour.

⁵ V. J. Hauser « La liberté qui opprime et la loi qui libère » *op. cit.* Ce sont les effets postérieurs à la décision qui, rétroactivement, justifient les modalités de son exercice et donc l'autonomie juridique accordée à la mineure.

⁶ Art. L. 222-6 CASF.

⁷ « L'accouchement sous X a également été utilisé dans un certain nombre de situations pour lesquelles l'anonymat n'était peut-être pas nécessaire (pression de l'entourage familial, culture du secret des travailleurs sociaux, volonté d'offrir à l'adoption un enfant vierge de toute histoire), [...] souhait de protéger l'enfant des violences [du père], soit par hostilité envers lui. » Mme. Bousquet, rapport d'information relatif à *L'accès aux origines personnelles*, 23 mai 2001, n° 3087, Assemblée nationale, p. 11

volontaire de grossesse, le rôle du parent doit se limiter à une assistance non juridique afin qu'il ne puisse pas remettre en question la décision de son protégé et éviter toute situation de blocage.

118. Par l'application de ce mécanisme, l'accouchement sous X perdrait son caractère systématique en devenant l'ultime recours de la mineure tout en donnant un fondement juridique favorisant la légitimité de la décision de l'enfant indépendamment de ses conséquences juridiques. La persistance de la mineure dans son choix en dépit des efforts déployés pour la persuader d'informer ses parents, autoriserait le personnel médico-social à réaliser les actes juridiques liés à l'accouchement sous X par sa seule volonté. La mineure pourrait bénéficier d'une autonomie comparable à celle d'un majeur sans pour autant renoncer à sa protection comme en matière d'interruption de grossesse. Elle pourrait accoucher soit en présence de ses parents, soit en se faisant accompagner d'une personne de son choix chargée de la soutenir tant sur le plan moral que sur le plan matériel. La fiction juridique de l'accouchement anonyme perd de son intérêt une fois confronté à un régime harmonisé du secret médical¹. Cette évolution relève de l'œuvre du législateur et non du juge. La mineure est seule à décider de son anonymat, en refusant tout lien de filiation avec l'enfant. La décision d'accoucher sous X n'est pas irrévocable, et le lien de filiation juridique de l'enfant peut être établi par sa famille biologique, si elle parvient à le revendiquer en exerçant des droits concurrents à ceux de la mère biologique.

B- La confrontation de l'accouchement sous X à l'intérêt de l'enfant.

119. Si la fiction juridique qui entoure l'accouchement sous X rend la mineure autonome dans l'exercice de son droit, en lui permettant de refuser sa filiation, les conséquences de cet anonymat sont limitées à la relation entre la mère et l'enfant. L'accouchement sous X ne permet pas aux femmes de priver l'enfant de toute filiation avec sa famille biologique (1). Les parents de la mère biologique peuvent, par l'exercice de leurs propres droits, être juridiquement liés à l'enfant. Ce lien fondé sur la vérité biologique l'inscrit dans la lignée de sa génitrice (2).

1. L'absence de droit pour la mère de priver l'enfant de sa lignée biologique

120. L'accouchement anonyme pour des raisons historiques n'a été pendant longtemps qu'une question factuelle proche de ce que nous pourrions qualifier d'un abandon de l'enfant². Aujourd'hui encore, le régime juridique de l'anonymat continue de produire des conséquences purement factuelles qui entretiennent une certaine confusion avec l'acte d'abandon. En principe, le secret de l'identité de la mère se limite, théoriquement, à deux effets juridiques qui concernent avant tout le lien entre l'enfant et sa mère biologique. Le premier offre la possibilité de dissimuler l'identité de la femme, quant au

¹ V. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 125 n° 179 ; J. Hauser, *RTD. civ.* 1997, p. 98, *op. cit.*

² Ce qu'illustrent les « tours d'abandon » placées près des hôpitaux durant le Moyen-Âge qui permettait aux mères de se séparer de leur nourrisson en préservant leur anonymat. L'enfant était par la suite recueilli par le personnel de l'établissement. Elles furent abandonnées avec la création de l'accouchement sous X.

second, il empêche le lien juridique de se former entre l'enfant et sa mère, faute d'indication sur son identité. Cet anonymat génère également des effets indirects bien plus importants, car il fait obstacle au lien juridique de l'enfant avec sa famille biologique, lorsque celle-ci ignore son existence. Le respect scrupuleux de l'anonymat de la mère aura pour conséquence de déboucher sur un placement de l'enfant en vue de son adoption, le secret de ses origines fait qu'il n'existe aucune filiation connue. Ce placement n'est qu'un effet indirect de l'accouchement sous X, les obstacles entre l'enfant et sa famille biologique ne sont dus qu'à l'absence d'information sur les autres membres de la famille susceptibles de l'élever. L'anonymat de la mère empêche les autres parents biologiques (au sens large) d'établir leurs droits sur l'enfant. Le père biologique comme les grands-parents ne peuvent en principe établir leur filiation.

121. Ce constat explique que le statut juridique de l'enfant né sous X reste difficile à cerner, car bien que dans les faits cet accouchement présente des similitudes avec l'abandon d'enfant, sa nature juridique se rapproche plutôt de celle de l'enfant trouvé, car la remise à l'ASE ne résulte pas d'un acte juridique auquel aurait éventuellement consenti la génitrice, comme a pu le souligner la Cour de cassation¹, mais bien d'un fait juridique, qui consiste dans la « découverte » et le « recueil » d'un enfant sans filiation connue ou inconnue par une administration². Le secret qui entoure l'identité de la mère biologique combiné à l'article 352 du Code civil selon lequel « le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine », attribuent à l'anonymat des conséquences qui vont bien au-delà de son objectif initial. L'anonymat était en premier lieu destiné à protéger la femme qui estimait ne pas se sentir capable de supporter la charge parentale, en lui permettant de s'en décharger sans porter atteinte à sa vie ou à celle de son enfant. Si la pratique a pu laisser penser qu'il existait pour ces mères un droit de priver l'enfant de tout lien avec sa famille biologique³, il n'en est rien. L'accouchement sous X n'interdit pas toute filiation de l'enfant avec sa famille d'origine, lorsqu'elle parvient à l'identifier et qu'elle fait part de sa volonté d'en assumer la charge. La fiction juridique de l'anonymat ne permet pas de faire obstacle de manière certaine et définitive à tout lien de filiation entre l'enfant et sa famille biologique, surtout lorsque la minorité de la génitrice crée les conditions favorables à l'échec de l'anonymat. Si la mineure refuse d'assumer la charge parentale résultant de la filiation, ses parents peuvent demander à l'assumer à sa place et ne pas renoncer à l'enfant. Lorsque les parents de la mère biologique sont informés de sa maternité et de sa volonté d'accoucher dans l'anonymat, ils seront à même de faire échouer la procédure d'adoption de l'enfant, indépendamment de la volonté exprimée par la mère biologique⁴. Cette possibilité peut aboutir à la création d'une situation familiale complexe où l'enfant abandonné par la jeune fille ne sera pas élevé par elle, mais avec elle par ses parents.

¹ Cass., civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, *op. cit.*

² Art. 351 C. civ. et L. 224-4 CASF.

³ Ex : CA Paris, 1^{er} ch., sect. C, 10 avril 2008, n° 07/11288 ; CA Angers, 1^{ère} ch. B, 26 janvier 2011 n° 10/01339 : « il convient d'ignorer ses déclarations relatives à l'avenir d'Hélène, faites à la DSS ou par voie de presse, aux termes desquelles elle [la mère] refusait que l'enfant soit élevée par ses parents ».

⁴ Sur la question de la confrontation du secret des origines avec les droits concurrents (notamment ceux du père biologique de l'enfant) v : F. Dekeuwer-Defossez, *Les droits de l'enfant*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 2018, spéc. pp.18 s.

Lorsque la famille du parent-mineur est informée de la maternité et du choix de l'anonymat de la mère, deux choix s'offrent à elle : soit elle décide de ne pas intervenir en acceptant cet anonymat, ce qui permet à la procédure d'adoption de se poursuivre, soit au contraire, elle choisit de se manifester en contestant la décision administrative octroyant à l'enfant le statut de pupille de l'État préalable à son adoption.

2. *L'établissement du lien de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine*

122. Ce n'est qu'à la condition de respecter de manière absolue l'anonymat de la mère qu'il est possible d'éviter l'exercice des droits concurrents par la famille biologique de l'enfant. Ce secret est d'autant plus difficile à maintenir que la femme qui accouche est encore sous l'autorité de ses parents. Les parents ont par principe un droit d'ingérence dans l'intimité de la mère et la loi n'envisage l'anonymat qu'au moment de la prise en charge, c'est-à-dire au moment de l'accouchement qui n'est que la phase finale de la grossesse. *Quid* des neuf mois qui précèdent cet événement ? Aucune disposition ne prévoit l'hébergement de la mineure durant sa grossesse, l'obligation de cohabitation¹ avec ses parents demeurant la règle. Le recueil de la mineure par un établissement de santé ou un établissement social, tel que les maisons maternelles ou les foyers de jeunes travailleurs, ne peut être envisagé sans l'accord préalable des parents². Dans le cas contraire, l'organisme d'hébergement se rendrait responsable du délit de soustraction de mineur³. En souhaitant échapper à ses parents, la mineure risque de les informer de son état, ce qui peut la placer dans une situation de détresse⁴ et l'exposer à la reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et sa famille biologique. Le droit positif n'offre aux mineures aucune alternative à la protection ou à l'accompagnement de ses parents. L'arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 26 janvier 2011⁵ illustre parfaitement cette problématique. Dans cette affaire, les mécanismes juridiques de l'accouchement sous X se sont retournés contre la mère biologique, en permettant à ses parents de reconnaître l'enfant, étant donné que la mère n'exerce pas un droit d'abandon. Pour cette raison, elle ne peut empêcher sa famille de revendiquer le nourrisson ni s'opposer à la procédure d'adoption, faute d'intérêt pour agir⁶.

123. En l'espèce, un enfant est né d'un père inconnu et d'une mère âgée de 23 ans qui a demandé l'anonymat. Les juges décrivent une situation paradoxale dans laquelle la jeune femme « qui a désiré accoucher sous X et a réitéré à plusieurs reprises sa volonté de rester anonyme et d'abandonner sa fille,

¹ Art. 371-3 C. civ.

² Art. L. 222-5 CASF.

³ Art. 227-8 CP.

⁴ « L'accouchement sous le secret de l'admission et de l'identité [...] demeure le seul recours pour les femmes en très grande détresse qui ne peuvent assumer leur maternité » Mme. Bousquet, rapport d'information relatif à l'accès aux origines personnelles *op. cit.*, p. 29.

⁵ CA Angers 1^{ère} ch. B, 26 janvier 2011, n° 10/01339, *D.* 2011, p. 1053, obs. I. Gallmeister ; comm. T. Garé, *D.* 2011, p. 1053.

⁶ C. Neirinck, « Est-il possible d'être le grand-parent d'un enfant sans filiation établie ? », *RDSS*, 2010, p. 735 ; P. Murat, « Les grands-parents, l'accouchement anonyme de leur fille et l'adoption de l'enfant : suite », *Dr. Fam.* 2009, comm. p. 108 ; F. Chénéde, « Les grands-parents biologiques face à l'accouchement sous X », *AJ. fam.*, 2009, p. 350.

a tenu sa famille informée de sa grossesse et de son accouchement, a reçu les visites de ses frères et sœurs à l'hôpital, a emmené sa mère au service de néonatalogie pour qu'elle puisse voir [le nourrisson], née prématuré, et s'est exprimée par voie de presse sur l'avenir qu'elle voulait pour cette enfant, refusant qu'elle soit recueillie par ses parents. »¹. Entre-temps, l'enfant a fait l'objet d'une décision administrative qui lui attribue le statut de pupille de l'État. Les parents, fermement opposés à la décision de leur fille d'accoucher sous X², se manifestent auprès des services d'adoption du département avec l'intention de contester l'arrêté d'admission³. Pour justifier d'un intérêt à agir malgré l'absence d'un lien de filiation avec la mère et par extension à leur égard, les parents de la mère font réaliser une expertise biologique qui prouve leur filiation avec l'enfant. Elle sera écartée par les juges du fond, faute d'avoir été réalisée dans un cadre légal⁴. Les juges vont rechercher l'intérêt à agir, non pas dans un lien de droit, mais dans l'existence d'un lien de fait entre l'enfant et les personnes qui souhaitent en assumer la charge, indépendamment de leur qualité de grands-parents biologiques. Les juges vont considérer qu'il leur appartient « d'apprécier l'existence et la qualité d'un tel lien, en tenant compte de la situation, mais aussi de l'âge de l'enfant, et ce, même s'il n'a pas fait l'objet d'une garde de droit ou de fait »⁵. Les parents de la génitrice, informés de sa grossesse et de l'accouchement, ont pu rendre visite à leur fille ainsi qu'au nourrisson malgré les tentatives de l'administration de les maintenir éloignés. Par leurs visites régulières depuis sa naissance et les démarches engagées auprès des services manifestant leur volonté d'accueillir et d'élever l'enfant, les juges ont estimé que les grands-parents maternels démontraient par-delà les difficultés rencontrées pour le construire l'existence d'un lien affectif de fait avec l'enfant. L'existence de ce « lien affectif » est renforcée par leur qualité de grands-parents qui fonde leur légitimité à contester l'arrêté ouvrant la procédure d'adoption⁶ en se liant juridiquement à l'enfant. La fiction juridique née de l'anonymat de la mère s'efface partiellement. Elle permet de traiter les grands-parents, non pas comme des grands-parents, mais comme des tiers ayant fait preuve d'un intérêt particulier pour l'enfant au vu des liens qu'ils ont tissés avec lui.

124. Reste le problème non résolu de l'opposition de la mère qui refusait que son enfant soit élevé par ses parents. Les juges ont dû déterminer si sa volonté de ne pas se lier juridiquement à son enfant

¹ Une telle hypothèse semble transposable à l'égard d'une mineure contrainte de vivre jusqu'au terme de sa grossesse sous le même toit que ses parents qui seront, de fait, informés de son état et de sa volonté

² Les juges relèvent eux même : « S'il n'est pas contestable que M et Mme O. n'acceptent pas la décision de leur fille ».

³ L'article L. 224-8 du CASF prévoyait à l'alinéa 1^{er} que l'admission en qualité de pupille de l'État pouvait faire l'objet d'un recours, formé dans le délai de trente jours suivant la date de l'arrêté du président du conseil départemental devant le tribunal de grande instance, par les parents, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon, de retrait total de l'autorité parentale, par les alliés de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui. Ce délai est aujourd'hui de deux mois, l'article L224-8 CASF dans sa rédaction de l'époque a été considéré inconstitutionnel, dans le cadre d'une décision QPC du 27 juillet 2012, n° 2012-268.

⁴ Les conditions des articles L. 224-8 CASF et 16-11 C. civ n'étaient pas remplies en l'absence de lien de filiation juridiquement établi.

⁵ En 2010, les juges de première instance (TGI d'Angers du 26 avril 2010) exigeaient la preuve d'un lien de droit qui était en l'espèce impossible à rapporter faute de pouvoir déterminer l'identité de la mère. Dès lors, ils avaient écarté tout intérêt à agir de la part des grands-parents.

⁶ Dès lors, comme le souligne un auteur : « Reconnaître la qualité à agir des grands-parents, c'est immédiatement se prononcer sur la possibilité de leur confier l'enfant. » : S. Moïsdon-Chataigner, « L'avenir de l'enfant né sous X est-il auprès de ses grands-parents maternels ? », *RDSS* 2011, p. 329

pouvait s'étendre au lien avec sa famille biologique, ou au contraire se limiter à son seul lien juridique avec l'enfant. La Cour a tranché pour la seconde solution et justifie son choix par deux arguments juridiques. Le premier vise à écarter les dérives du droit de l'accouchement sous X vers un droit à l'abandon de l'enfant qui le priverait de sa famille d'origine. Cette conséquence purement factuelle n'existe que dans le cas où la femme préserve le secret de son état et de sa volonté, ou lorsque ses proches acceptent cette décision. Dans le cas contraire, rien ne s'oppose juridiquement à ce qu'un juge examine la demande d'une personne qui souhaite assumer la charge de l'enfant et qui entretient déjà un lien affectif avec lui. La Cour souligne que les effets de l'accouchement sous X se limitent aux aspects purement légaux qui régissent la relation juridique entre la mère et son enfant, ce qui n'a pas vocation à s'étendre au-delà.

125. À partir de cet instant, le mécanisme juridique de l'anonymat se retourne comme un piège sur la mère. En choisissant d'accoucher sous X et de refuser sa filiation avec sa fille, les juges ont estimé qu'elle a définitivement renoncé à assumer, à quelque titre que ce soit, non seulement la prise en charge de l'enfant, mais également l'exercice de l'autorité parentale la concernant¹. Les juges ont convenu d'ignorer les déclarations faites à la presse par la mère biologique concernant l'avenir de son enfant, au terme desquelles elle faisait part de son refus qu'il soit confié à ses parents. En choisissant l'anonymat de son identité, la femme qui a accouché est présumée ne pas avoir accouché, perdant tout droit à l'égard d'un enfant qui ne peut être le sien et elle ne peut donc valablement décider de la personne à qui il sera confié. La mère biologique n'est pas en position de s'opposer aux droits des tiers, car elle ne dispose d'aucun droit sur l'enfant ou sur son avenir. Si le secret est mal préservé comme dans le cas présent, la loi autorise le juge à examiner les demandes formulées par toute personne qui souhaite assumer la charge de l'enfant, qu'elles émanent du père, des grands-parents biologiques ou encore de toute autre personne revendiquant un lien de droit ou de fait avec lui. Dans cet arrêt, les juges mettent en avant l'ambiguïté du comportement de la mère qui a conduit à l'information de ses parents. Il faut également souligner que « la généralité des arguments proposés laisse à penser que, si les grands-parents avaient par n'importe quel moyen connaissance de la naissance de l'enfant sans même que la mère ait une attitude équivoque, ils pourraient agir »².

126. Pour justifier la remise du nourrisson aux parents de la mère, la Cour se réfère à son intérêt supérieur tel qu'il a été posé par la convention de New York du 20 novembre 1989, plus précisément à l'article 7.1 qui consacre son droit de connaître si possible l'identité de ses parents mais surtout d'être

¹ Il aurait été plus juste de se référer à la titularité de l'autorité parentale, car, l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale est liée en principe à sa titularité qui résulte de l'établissement d'un lien de filiation : v. *infra* nos 175 s. En refusant le lien juridique, la mère refuse l'attribution même de l'autorité parentale et pas seulement son exercice. La seule prérogative d'autorité parentale que la loi octroie à la mère naturelle se réduit à la possibilité de choisir le prénom de l'enfant.

² S. Moisdon-Chataigner, *op. cit.*

élevé par eux¹. Cet article fonde une priorité d'accueil de l'enfant par sa famille d'origine lorsque leur droit risque d'entrer en concurrence avec de « simples » tiers étrangers au cercle familial². Cette position défendue par les juges est difficile à tenir malgré la référence à l'article 375-3 du Code civil³. Il ne devrait pas exister de lien juridique entre le petit-enfant et son grand-parent maternel en l'absence de lien avec sa mère, si bien que juridiquement les membres de la famille d'origine devraient être eux aussi considérés comme de « simples » tiers. L'entraide intergénérationnelle prévue par le Code civil ne permet pas d'expliquer ce choix faute de lien intergénérationnel qui requiert un lien continu, préalable entre les générations. L'accouchement sous X rompt ce lien⁴. La décision de la Cour s'explique en réalité par l'affaiblissement de la fiction juridique entourant la naissance de l'enfant face aux parents de la mère, qui ont pu fournir un test ADN, lequel, bien qu'écarté lors de la procédure, établissait une vérité biologique difficilement contestable.

127. Malgré l'idée selon laquelle la mère ne pouvait être la mère et que les grands-parents ne pouvaient être les grands-parents, la Cour a estimé que « l'intérêt de [l'enfant] doit s'apprécier en considération des éléments de fait, sans pouvoir occulter la réalité biologique qui a établi que les époux O. étaient les grands-parents de l'enfant ». La fiction juridique doit plier face à l'intérêt de l'enfant et son lien à sa famille biologique qui pourra l'élever, et ce, malgré les risques d'atteintes qu'une telle solution entraîne sur l'anonymat de la mère. Les juges, dans leur décision, anticipent la levée du secret sur l'identité de la mère à la demande de l'enfant, estimant que la connaissance de l'histoire familiale par les grands-parents sert son intérêt, car ceux-ci « seront qualifiés pour affronter les questions légitimes que se pose tout enfant adopté sur ses origines et son rejet par sa mère, ayant, dans les faits, une connaissance approfondie de la réalité »⁵. L'objectif inavoué semble de permettre à l'enfant de se lier tôt ou tard à sa mère biologique en dépit de l'anonymat de l'accouchement. Cette impression est d'autant plus forte que le lien juridique entre l'enfant et ses grands-parents est une tutelle et non une adoption. Ce point a son importance, car loi de janvier 2009⁶ a introduit dans le Code civil un article 325 qui admet qu'« à défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise.

¹ Article 7.1 CIDE repris à L. 112-4 CASF selon lequel : « L'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs, ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes les décisions le concernant ».

² V. Cass, civ 1^{ère}, 7 avril 2006, *Dr. fam.* 2006, comm. p. 124, obs. P. Murat. Dans le cadre d'un conflit entre le père naturel et une procédure d'adoption ; ce principe n'est pas absolu et plie face à la nécessité de protéger l'enfant en écartant temporairement et de manière proportionnée le parent qui met ou risque de mettre en danger son enfant ; v. CEDH, Vautier c/ France, 26 novembre 2009, n° 28499/05 ; A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la CEDH 2008-2009 », *Dr. fam.* 2010, étude 1, n° 17 ; ce texte ne vise pas tous les membres de la famille naturelle avec la même intensité : v. F. Dekeuwer-Defossez, « Grands-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation », *RLDC*, 2010, n° 70, pp. 39-43.

³ La CA transpose en l'espèce le fait que « le Code civil dans son article 375-3 pose le principe de subsidiarité lorsque l'enfant doit être retiré à ses parents, en privilégiant de le confier à un autre membre de la famille ou un tiers digne de confiance, avant de le placer à l'aide sociale à l'enfance. »

⁴ S. Moisdon-Chataigner (dir.), *Les grands-parents et leurs descendants : quelles relations juridiques ?* Préface F. Terré, Coll. Colloques et débats, Litec, 2009, spéc. « Le soutien intergénérationnel au profit des petits-enfants », pp. 17-38.

⁵ Les juges semblent oublier qu'en rattachant l'enfant à sa famille naturelle, ils le rattachent indirectement à sa mère naturelle avec laquelle il aura éventuellement grandi. Au-delà de la complexité de la réponse n'est-ce pas à la mère elle-même de dispenser ces explications ?

⁶ Loi du 16 janvier 2009, n° 2009-61, art. 1^{er}.

L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché. ». Il pourra rechercher sa mère et obtenir l'établissement juridique de son lien avec elle au détriment de sa volonté première d'anonymat. Cette action pourra de surcroît être exercée par les grands-parents durant sa minorité (qui connaissent l'identité de la mère). L'accouchement sous X n'offre dans cette circonstance qu'un répit à la mère qui pourra, tôt ou tard, être confrontée à ses responsabilités parentales. Cette solution crée une situation familiale des plus confuses. La mineure continue d'être élevée par les mêmes personnes qui assurent la charge de l'enfant dont elle n'a pas voulu, contrainte de résider avec lui sous un même toit, dans l'espoir qu'elle change potentiellement d'avis.

128. Comment concilier l'anonymat de la mère-mineure avec l'intérêt de son enfant d'être rattaché à sa famille d'origine ? Surtout lorsque tous deux sont encore des enfants et méritent l'un comme l'autre que leurs intérêts soient protégés ? Si cette décision ne met pas fin à l'accouchement sous X, elle remet en question l'intérêt de ce mécanisme pour les mineurs, soumis à la volonté de leurs parents sur une question personnelle touchant à leur filiation. L'exercice de ce droit que l'on reconnaît volontiers comme relevant de la sphère personnelle des individus, quelle que soit leur situation juridique, peine encore dans certaines situations à s'imposer. Le mécanisme juridique sur lequel repose l'accouchement anonyme ne se montre jamais aussi efficace que lorsque la réalité finit par rejoindre la fiction¹, lorsqu'aux yeux des faits comme du droit, l'identité de la mère biologique se révèle impossible à apporter.

§ 2 : Le lien juridique entre l'enfant et son parent-mineur

129. Après avoir envisagé l'exercice des droits permettant de refuser tout lien juridique entre l'enfant et son parent-mineur, il convient d'évoquer son pendant par l'exercice des droits établissant la filiation. La filiation se définit comme la transcription juridique des faits naturels tel que la sexualité, l'engendrement et l'accouchement pour légitimer les liens de droit entre l'enfant et ses parents² dans le cadre de la filiation par le sang. En raison de l'émancipation provoquée par le mariage, il convient de s'intéresser ici exclusivement aux naissances survenues hors union. Dans les faits, ces naissances concernent une grande majorité, pour ne pas dire l'intégralité, de celles qui impliquent un parent-mineur. Comme pour les majeurs, l'établissement de la filiation pourra résulter soit de la loi, soit de l'expression de la volonté, ou encore d'une décision de justice. Se pose alors la question de l'exercice de ces différents

¹ Cass, civ 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 08-20.153 ; *D.* 2010. Pan. 989, obs. M. Douchy-Oudot, et Pan. 1442, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ. fam.* 2009, p. 350, obs. F. Chénéde ; *RDSS*, 2009, p. 972, obs. T. Tauran ; *ibid.*, 2010, p. 735, étude C. Neirinck ; *RTD. civ.* 2009, p. 708, obs. J. Hauser. La Cour de cassation avait considéré en l'espèce que les grands-parents biologiques ne pouvaient pas s'opposer à l'adoption de leur petit-enfant né sous X malgré leur souhait d'en assumer la charge, de par l'absence de lien de droit ou de fait avec l'enfant, la mère biologique ayant mis fin à ses jours suite à son accouchement, rendant la fiction juridique parfaite faute de pouvoir avouer son accouchement à ses parents.

² C. Labrusse-Riou, « Filiation généralité », in *Rép. civ.*, Dalloz, spéc. « Chapitre 1 : Notion de filiation ».

modes d'établissement de filiation par un mineur, qu'ils soient extrajudiciaires par présomption légale, par acte de reconnaissance (A) ou judiciaires via l'action en recherche de paternité ou de maternité (B).

A- L'établissement extrajudiciaire de la filiation par un parent-mineur

130. Il est toujours difficile d'accepter qu'un mineur puisse choisir d'avoir un enfant aux dépens de son propre avenir¹. Une enquête réalisée en 2004 a révélé que moins de 5 % des mères de moins de 20 ans déclaraient la naissance de leur enfant comme non désirée². Il est tentant de confier cette décision aux titulaires de l'autorité parentale pour qu'ils puissent intervenir et préserver ces mineur(e)s contre leur avis, des conséquences négatives que la parenté pourrait entraîner sur leur vie. L'accouchement en tant que fait juridique échappe à l'autorité des parents, car il confère aux mères une présomption légale de filiation (1). En dehors de cette situation, l'acte juridique de reconnaissance de l'enfant est fondé sur un fait juridique lié à la plus stricte intimité des individus et exclut toute intervention de l'autorité parentale en la matière que ce soit par l'autorité ou la représentation (2).

1. L'établissement de la filiation par l'effet de l'accouchement

131. Bien que l'autonomie des mineurs dans l'exercice des droits de filiation sur leur enfant ait été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 1813³, le fondement juridique de cette décision n'est applicable aujourd'hui qu'à l'acte juridique de reconnaissance⁴. Le rattachement de l'enfant à sa mère biologique se fait actuellement d'une manière quasi-automatique⁵ depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005⁶. Avant cette réforme, il existait une distinction juridique entre les enfants dit « légitimes », nés de parents mariés, et les enfants « naturels » ou « adultérins », nés hors mariage. Les premiers bénéficiaient, grâce au mariage, d'un rattachement automatique à la mère par la simple mention de son nom dans l'acte de naissance et le mari de cette femme était présumé comme étant le père. En dehors de cette situation, les enfants nés hors union devaient faire l'objet d'un acte de reconnaissance tant à l'égard de

¹ P. Alvin, « La grossesse chez l'adolescente », *La gazette médicale*, 1995, pp. 23-28. L'auteur fait part du souhait de ne plus voir systématiquement dans les grossesses adolescentes une pathologie, là où il n'y a parfois qu'une personne qui s'éloigne d'une « norme » sociale ; v. aussi : C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *Adolescence* 2006/1, n° 55, pp. 225-234.

² N. Bajos, M. Ferrand (dir.), « De la contraception à l'avortement : sociologie des grossesses non prévues. » in *Population*, 59^e année, n° 1, 2004, pp. 178-179.

³ Cass., civ., 22 juin 1813, *S.* 1813. I. 281, concl. Joubert ; Req. 4 novembre 1835, *S.* 1835. I. p. 785 ; *Journal du palais*, tome XI, 1813, p. 480.

⁴ V. *infra* n° 152.

⁵ L'anonymat demeure possible malgré les réserves évoquées précédemment à ce sujet.

⁶ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation ; *JO* n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19 ; et par anticipation l'arrêt : Cass., civ. 1^{ère}, 14 février 2006 ; G. Kessler « La consécration par anticipation de l'établissement automatique de la filiation maternelle », *D.* 2006, p. 1029.

leur père que de leur mère, malgré le caractère factuel propre à l'accouchement¹ qui permet de considérer que « la maternité est toujours certaine. [...] Le rapport de fait entre une femme et un enfant présente un haut degré de fiabilité qui rend possible et sûre la constitution du lien juridique de filiation à partir de l'acte de naissance indiquant le nom de la femme ayant accouché »².

132. La Cour européenne des Droits de l'Homme avait considéré, dans son arrêt *Marckx c/ Belgique* de 1979³, que cette différence de traitement dans l'établissement du lien de filiation de la mère entre l'enfant naturel et légitime était discriminatoire. Il faudra attendre l'ordonnance du 4 juillet 2005 (soit 25 ans), pour que les modes d'établissement de la filiation concernant la mère soient identiques pour tous les enfants « [...] par la désignation de [la mère] dans l'acte de naissance de l'enfant »⁴. Ce texte renoue avec le principe du Digeste selon lequel *mater semper certa est*⁵, permettant d'associer un caractère automatique à la filiation maternelle, quelle que soit la situation maritale des parents en unissant filiation maternelle et accouchement. Concrètement la mère de l'enfant est celle qui dans les faits l'a porté puis mis au monde⁶. Ce lien créé par l'effet de la loi résulte d'une succession de faits juridiques, de la conception en passant par la gestation jusqu'à l'accouchement. Selon l'article 1100-2 du Code civil⁷, les faits juridiques sont définis comme « des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit ». La doctrine a tenté d'en délimiter les contours d'une manière plus précise en considérant que « tout fait ou événement, d'origine humaine ou naturelle, qui produit ou auquel sont attachés des effets de droit »⁸ revêt la nature d'un fait juridique. Cette définition ne s'oppose plus à l'acte juridique qu'elle absorbe, seul reste le fait purement matériel qui n'emporte aucune conséquence

¹ Pour une critique en faveur d'une absence de distinction de régime d'établissement de la filiation entre enfant naturel et légitime dès 1947, v. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Librairie Dalloz, 11^{ème} éd., 1947, spéc. n° 478, p. 378 : « En raison nous ne voyons aucun bon argument en faveur d'une différence. Quel motif y a-t-il de présumer que la déclaration concernant la mère est contraire à la vérité ? On dit souvent : le fait de la naissance légitime est un fait honorable que l'on ne cherche pas à cacher ; L'accouchement d'une fille-mère est au contraire, un fait que l'on cherche généralement à dissimuler. D'où une suspicion qui doit peser sur les déclarations concernant son nom, lorsqu'elle n'émane pas d'elle-même de manière à constituer une reconnaissance proprement dite. Cet argument nous paraît faible. La fraude, consistant à attribuer faussement à un enfant le nom d'une femme mariée, ce qui amènera peut-être dans l'avenir, la possibilité de prétendre à sa part dans une succession bourgeoise, nous paraît plus à craindre que la fraude qui consisterait à attribuer à une pauvre fille l'enfant né, en réalité, d'une autre mère. »

² Commission F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La doc. fr., 1999, p. 40.

³ CEDH, *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74 ; ainsi que L'article 1^{er} de la Convention n° 6 de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels, signée à Bruxelles le 12 décembre 1962, l'article 2 de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975.

⁴ Art. 311-25 C. civ.

⁵ La différence avec le droit romain étant qu'ici la présomption peut être renversée en apportant la preuve que la femme identifiée comme étant la mère n'a en réalité pas accouché de l'enfant (ce qui dans les faits s'avère plutôt difficile car il s'agit de la preuve d'un fait négatif). Cette déconstruction peut intervenir notamment lorsqu'il est démontré l'existence d'une convention de gestion pour autrui.

⁶ Ce principe été remis en question par le recours de certains parents à une convention de Gestation Pour Autrui et qui ont tenté de faire passer la mère d'intention pour la mère juridique de l'enfant, à savoir celle qui a accouché. La France a refusé de retranscrire la présentation faite par ces parents car elle ne reflète pas la réalité de l'accouchement et donc la réalité de la filiation. Même dans le cadre d'une Gestation Pour Autrui sera désignée dans l'État Civil comme étant la mère de l'enfant la femme qui a accouché (la mère porteuse) et non celle qui l'a souhaité ; v. Cass., civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017 : arrêts « Estelle » n° 16-16495 et « Paul et Pierre » : n° 15-28597.

⁷ Issu de l'ordonnance du 10 février 2016, n° 2016-131.

⁸ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, op. cit., n° 73 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2012, n° 207.

juridique directe. Cette délimitation du fait juridique permet d'appréhender les mécanismes juridiques résultant de l'accouchement. Les conséquences légales sont exclusivement liées à la survenance d'un événement qui n'est pas directement conditionné à la volonté des personnes. L'appartenance de l'accouchement au régime des faits juridiques est réalisée par l'article 56 du Code civil qui énonce que « la naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ». Cette déclaration n'est que le constat d'un fait existant, peu importe l'identité de la personne qui y procède à partir du moment où elle a été témoin des faits et donc de l'accouchement. Contrairement à l'acte juridique qui implique une capacité juridique pour être efficace, le fait juridique se suffit à lui-même en vertu de la loi une fois son existence prouvée. Il s'ensuit que la minorité de la mère n'est pas un obstacle au lien juridique qui l'uni à l'enfant. Le simple constat de l'accouchement de la mineure suffit.

133. *Mater semper certa est* n'offre que deux possibilités juridiques, soit la femme a accouché de l'enfant et elle en devient pour cette raison la mère, soit elle n'a pas accouché et cette qualité lui est refusée¹. Le lien de filiation de l'enfant dépend ici d'un fait indépendant de la qualité et de la volonté des personnes qui y sont impliquées. En conclusion, il est inutile de rechercher si la mère dispose ou non d'un discernement suffisant pour prendre la décision sur l'établissement du lien de filiation avec l'enfant ou d'une capacité juridique pour réaliser les actes qui y sont liés, en raison des certitudes qui entourent sa maternité et son accouchement. La simple mention du nom de la mère-mineure dans l'acte de naissance suffit à créer le lien de filiation avec l'enfant². La reconnaissance par la mère, bien que toujours possible, devient superflue, car elle n'engendrera pas plus d'effet juridique que l'accouchement lui-même. Cet acte n'a d'intérêt pour la mère que dans l'éventualité d'un renoncement au secret de l'accouchement sous X ou pour anticiper l'accouchement³. La volonté de la mère de conserver l'anonymat est de nature à faire échec au caractère automatique attribué à son lien de filiation⁴, ce qui permet de renouer avec la volonté individuelle pendant les deux mois qui suivent sa demande. Lorsqu'elle renonce à l'anonymat dans le délai imparti, la mère devra obligatoirement procéder à la reconnaissance de l'enfant⁵. Dans ce cas, la femme se trouve dans une situation identique à celle du père biologique qui, pour établir sa filiation hors mariage, doit toujours manifester son souhait d'assumer son rôle de père et contribuer à

¹ V. les arrêts, Cass., civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017 *op. cit.*

² Dès lors, la femme n'a pas à manifester de volonté positive en ce sens, que ce soit par un engagement ou un comportement ; v. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 191 n° 248. Dans le même sens, P. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018, nos 1012 s. ; F. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, *op. cit.*, La doc. fr., p. 55.

³ Via la reconnaissance prénatale.

⁴ L'art. 57 al. 1 C. civ ne fait pas de la désignation du nom du père ou de la mère un élément requis pour la déclaration de naissance : « Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet. ».

⁵ N. Baillon-Wirtz « L'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance - Présentation de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JCP. N.* 2005, I, n° 1491, n° 12.

la charge de l'enfant¹. En dehors du mariage, le lien de filiation entre le père et son enfant résulte d'une volonté matérialisée par un acte positif, à savoir la reconnaissance. Un père mineur qui souhaiterait établir sa filiation sur l'enfant doit, contrairement à la mère, inévitablement réaliser un acte juridique.

2. L'établissement de la filiation par l'effet de la volonté : la reconnaissance

134. « Pour être père et mère, il faut vouloir un enfant : peut-être pas toujours le désirer mais le garder et l'élever en remplissant les devoirs que la paternité ou la maternité impose »². Si « quelques dispositions juridiques propres à la paternité ou à la maternité se justifient encore, elles se situent en quelque sorte en miroir et naissent du fait que la maternité suppose la gestation, alors que la paternité, au contraire invisible, commence toujours par une désignation »³. À l'égard de la filiation des pères non mariés⁴ ou des mères qui ont renoncé à leur anonymat⁵, le lien juridique avec l'enfant passe par la matérialisation de leur volonté et par la réalisation d'un acte positif. Dans ces cas, ils ne bénéficient pas des présomptions légales découlant de l'accouchement pour la mère et du mariage pour le père⁶, l'acte juridique via la reconnaissance de l'enfant.

135. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2005, la reconnaissance constituait le mode principal d'établissement de la filiation du père comme de la mère non mariée. L'acte de reconnaissance se définit comme l'« acte juridique par lequel un homme ou une femme affirme sa paternité ou sa maternité et s'engage ainsi à en assumer toutes les charges »⁷. Pour cette raison, nous quittons le domaine des faits juridiques pour celui des actes, expression de la volonté individuelle⁸. L'acte juridique est défini comme la manifestation de volonté d'un individu dans le but de produire des effets de droit

¹ V. sur les différentes justifications de la présomption de paternité du mari : P. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ, 2018, pp. 540 s., n°s 1131 s.

² *Ibid.*, p. 433, n° 916.

³ Commission Dekeuwer-Défossez (dir.), *Rénover le droit de la famille*, *op. cit.*, p. 35.

⁴ Pour la reconnaissance des pères naturels d'un enfant issue d'une femme de moins de 20 ans, V. une étude de l'INSEE réalisée en 2006 par P. Germé et L. Richet-Mastain, « Reconnaître son enfant : une démarche de plus en plus fréquente et de plus en plus souvent anticipée », *INSEE première*, n° 1105, octobre 2006. Les auteurs constatent que « 52,7 % des enfants nés hors mariage dont la mère a moins de 20 ans sont reconnus par leur père avant ou à la naissance ».

⁵ F. Granet-Lambrechts, « Etablissement de la filiation par la reconnaissance », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 316, octobre 2015, Introduction, n° 4 ; v. en ce sens Cass., civ. 1^{ère}, 6 avril 2004, n° 03-19026, *Juris-Data* n° 2004-023203 ; *Dr. Fam.* 2004, comm 120, P. Murat ; *AJF* 2004, p. 241, obs. F. Bicheron ; *RDS* 2004, p. 691, note F. Monéger. Ainsi que la Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation CIV 2006-13 C1/30-06-2006, n° 2.1.2, b) : « La reconnaissance maternelle postnatale » : « L'hypothèse ainsi visée est celle, où après avoir accouché dans le secret (art. L. 222-6 CASF) et remis l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme agréé pour l'adoption, la femme demande à reprendre l'enfant, conformément aux dispositions de l'article L. 224-6 du même Code. L'enfant lui est alors remis sans formalité, dès lors qu'elle justifie de ce que le lien de filiation est établi à son égard par un acte de reconnaissance. ».

⁶ V. CEDH, *De Mot et autre c/ Belgique* du 13 mai 1986, n° 10961/84 : Des pères naturels avaient en l'espèce tenté de prouver l'existence d'une inégalité entre le régime qui leur était applicable et celui des pères légitimes dès lors qu'il s'agit d'établir leur filiation avec l'enfant. Ces pères souhaitaient bénéficier des présomptions légales qui ne sont reconnues qu'en matière de filiation légitime. La commission a rejeté leur demande pour préserver la possibilité offerte aux tiers de contester le lien avec un père naturel, ce qui est de nature à préserver l'intérêt de l'enfant lui-même, plutôt que de voir sa véritable filiation établie.

⁷ F. Granet-Lambrechts, *op. cit.*, I, n° 9.

⁸ Y. Favier, « Actes de l'état civil », in *Rép. civ.*, Dalloz, spéc. « Art. 2- acte de reconnaissance », n° 132 : « La reconnaissance est un acte de volonté par lequel le parent avoue et assume le lien de filiation qui l'unit à l'enfant ».

déterminés¹. Le principe veut que toute personne qui réalise un acte dispose à la fois d'un discernement suffisant pour émettre une volonté, et la capacité juridique pour passer l'acte en lui-même. Dans le cas d'un mineur, sa volonté est substituée par l'autorité de ses parents et sa capacité juridique n'existe qu'au travers de leur représentation légale. La nature intime de certains droits permet d'écarter l'intervention de l'autorité parentale lorsqu'ils touchent à l'attribution du statut de parent.

136. Par définition, cet acte revêt un double aspect². Il est d'une part un aveu qui peut s'apparenter à une « confession » de son auteur³, et de l'autre il est l'expression de la volonté de la personne de s'engager personnellement à assumer le rôle de parent à l'égard de l'enfant objet de la reconnaissance⁴. Ce sont ces différentes facettes qui justifient l'autonomie accordée aux mineurs dans l'exercice de ce droit, depuis une jurisprudence ancienne du 22 juin 1813⁵. En reconnaissant l'enfant, l'auteur avoue clairement devant la société sa participation à sa conception. Qui d'autre que le parent-mineur serait en position de le faire ? Contrairement à l'accouchement qui bénéficie d'une certaine publicité⁶, la conception relève de la stricte intimité des personnes. Seuls les géniteurs sont capables d'établir la réalité de la conception en dehors de tout cadre judiciaire autorisant le recours aux expertises biologiques. Face à ce constat, la reconnaissance a toute sa place dans la catégorie des actes dont l'exercice est « strictement personnel »⁷, appartenance renforcée par son aspect déclaratif qui en fait un « aveu » du déclarant. L'intervention d'un mécanisme de représentation ou d'assistance apparaît superficielle, car la personne qui agit pour le mineur ne peut pas avoir assisté et encore moins participé à la conception⁸,

¹ C. Brenner, « Actes juridiques », in *Rép. civ.*, Dalloz, spéc. : « Art. 1 - définition de l'acte juridique » : « Elle [la définition de l'acte] peut être décomposée en trois propositions, dont la dernière qui est le critère véritablement départiteur de l'acte et du fait juridiques, après avoir suscité d'importantes hésitations, a trouvé en doctrine une formulation qui paraît satisfaisante : l'acte juridique s'entend d'une manifestation de volonté ; il emporte des effets de droit et ceux-ci sont en relation nécessaire avec celle-là »

² V. sur ce point l'article de référence de : A. Colin, « La protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD. civ.*, 1902, p. 257 ; ainsi que J. Carbonnier, *La famille*, éd. PUF, coll. Thémis, 21^{ème} éd. 2003, p. 297 : « Si notre conception de la reconnaissance réunit les deux courants contradictoires de la confession et de l'admission, c'est peut-être que deux courants de pensée y confluent : l'un venu de la pratique de l'ancien droit en matière de séduction, l'autre de la philosophie volontariste du XVIII^{ème} siècle » ; F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2005, n° 718 ; R. Le Guidec, G. Chabot, « Filiation, modes extrajudiciaires d'établissement », in *Rep. civ.*, Dalloz, septembre 2009, (actualisation avril 2019), n° 104.

³ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, *La famille*, par A. Rouast, LGDJ 1952, n° 824 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil* de M. Planiol, t. I, LGDJ 1942, n° 1762 ; cet aspect d'aveux étant généralement considéré comme le plus marquant par la doctrine, v. en ce sens : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, *op. cit.*, n° 956 ; J. Carbonnier, *Droit civil Introduction Les personnes La famille, l'enfant, le couple*, éd. PUF, coll. Quadrige manuels, t 1, 2^{ème} éd., janvier 2017, p.1038 ; Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LJDJ, 6^{ème} éd., 2018, p. 560, n° 1179 ; R. Le Guidec, G. Chabot, « Filiation : modes extra-judiciaires d'établissement », *op. cit.*, n° 92.

⁴ Avec la possibilité de retenir la responsabilité d'une personne ayant procédé à une reconnaissance de complaisance et qui a par la suite obtenu son annulation car il n'a pas respecté ses engagements nés lors de la reconnaissance à l'égard de l'enfant ; v. F. Granet-Lambrechts, *op. cit.*, Art.332 à 337 ; ou même du même auteur, « V° Filiation », in *J.-Cl. Notarial* fasc. 40, décembre 2013.

⁵ Cass., civ. 22 juin 1813, S. 1813. I, p. 281, *op. cit.*

⁶ Elle peut être factuelle avec la présence de tiers aidant lors de l'accouchement ou de nature légale avec la déclaration de naissance. Bien sûr, la réalité n'est jamais aussi tranchée. Une grossesse peut très bien faire l'objet d'un déni de la part de la femme ou être suffisamment discrète pour qu'elle ne soit pas détectée ou seulement tardivement. Ces risques s'avèrent d'autant plus présent qu'il s'agit de mineures, pour lesquelles le diagnostic d'une grossesse ne va pas toujours de soi ; v. *supra* n° 57.

⁷ R. Le Guidec, « Filiation : modes extra-judiciaires d'établissement », *op. cit.*, nos 97 et 104 ; F. Granet-Lambrechts, *op. cit.*, n° 212-62.

⁸ Sauf à être dans le cas d'un inceste absolu, ce qui à l'égard des mineurs peut effectivement être le cas. Dans une telle hypothèse l'enfant ne pourra être juridiquement rattaché qu'à un seul de ses parents incestueux (généralement la mère de par l'automatisme dont elle bénéficie dans le cadre de l'établissement du lien juridique et qui fait défaut au père naturel) : art. 310-2 C. civ.

ce qui remettrait en question le caractère discrétionnaire de cette reconnaissance¹. Il n'y a que les parents potentiels pour avouer leur relation et seule l'autonomie permet à un mineur de revendiquer sa filiation². La jurisprudence écarte systématiquement l'action des grands-parents en leur refusant toute qualité pour agir en tant que représentants légaux, au même titre que tout autre tiers, qu'il soit membre de la famille ou non. Si la capacité juridique n'est pas requise, il est tout de même essentiel que la personne ait conscience de la portée de ses déclarations³. Concernant un majeur protégé, il est demandé que la reconnaissance intervienne dans un intervalle de lucidité⁴. Pour le mineur, c'est sa maturité et son discernement qui seront pris en considération.

137. La maturité est ici envisagée selon un double aspect, à la fois psychique étant donné que l'exercice de tout droit requiert un discernement suffisant pour comprendre la portée de l'engagement⁵, mais aussi physiologique, car la personne doit être pubère au moment de la conception. Si en principe l'écart d'âge entre l'enfant et la personne qui souhaite le reconnaître n'entre pas en considération⁶, la jurisprudence a considéré que l'aveu émanant d'un enfant n'est valable qu'à la condition qu'il ait été pubère au moment de la conception⁷. Les juges n'ont pas hésité à remettre en question la validité d'une reconnaissance en raison de l'âge de son auteur et du doute que celui-ci faisait planer sur sa puberté au moment des faits ainsi que sur la véracité de son aveu⁸. Cette position est critiquable, car les juges se basent sur une simple présomption liée à l'âge, qui ne remet pas en question la volonté exprimée par l'enfant, ni l'exactitude de cette filiation en l'absence d'expertise biologique. Considérant que le mineur bénéficie d'une autonomie juridique qui lui permet de reconnaître ses propres enfants, l'aveu ne peut être remis en cause que par une preuve contraire de force juridique équivalente conformément à l'article 332 du Code civil (ex : expertise biologique). L'article 316-3 du Code civil⁹ prévoit que « le tribunal de

¹ La jurisprudence a pu accepter par le passé qu'un représentant puisse procéder à la reconnaissance d'un enfant pour le compte d'un majeur protégé en raison de son état végétatif. V. sur ce point : T.I. Quimperlé, ord. juge des tutelles, 16 octobre 1999, *JCP G.*, 2000, p. 303, note T. Garé ; F. Monéger, « Père dans le coma, reconnaissance par son représentant », *RDSS* 2000, p. 436. Cette solution (contestée par la doctrine) qui conduit à « l'endossement de la personnalité juridique du majeur végétatif par son représentant légal » (L. Ravillon, *RDSS* 1999, p. 191) n'a plus vocation à s'appliquer en raison de l'article 458 C. civ. Il serait aujourd'hui nécessaire d'intenter une action judiciaire en recherche de parenté dans de telles circonstances.

² S. Moracchini-Zeidenberg, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. fam.* n° 10, octobre 2012, étude 17, n° 1.

³ C. Aubry, C. Rau, *Droit civil*, t. IX, Librairies techniques, 1953, § 568-2 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, par A. Rouast, LGDJ 1952, n° 830 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol*, t. I, LGDJ 1942, n° 1764 ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, pp. 492 s., nos 731 et 735 ; G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Domat-Montchrestien, 4^{ème} éd., 1994, n° 253.

⁴ F. Terré, *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1996, nos 729, 999, 1264 et 1277.

⁵ Ex. : Cass. req., 4 novembre 1835, *S.* 1835, 1, p. 785 ; CA Douai, 17 mars 1840, *S.* 1840, 2, p. 255 ; CA Orléans, 16 janvier 1847, *DP* 1847, 2, p. 17 ; CA Caen, 26 avril 1887, *DP* 1887, 2, p. 125.

⁶ L'officier d'état civil ne peut refuser l'inscription pour cette seule raison ; v. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, p. 767, n° 1268 ; CA Rennes, 8 mars 1882, *DP* 1884, 1, p. 386 ; et le pourvoi : Cass., civ. 1^{ère}, 25 mars 1884, *DP* 1884, 1, p. 386 ; cependant, une circulaire du 17 juillet 1972, (JO 20 juillet 1972, p. 7649) demande pourtant aux officiers d'état civil de refuser une reconnaissance dès lors que la différence d'âge entre son auteur et l'enfant est inférieure à 12 ans. V. aussi : la circulaire Instruction générale à l'état civil du 11 mai 1999, n° 307.

⁷ Ce moment est présumé avoir eu lieu durant la période qui s'étend du trois centièmes au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. art. 311 C. civ.

⁸ Ex. : CA Douai, 6 juin 1851, *DP* 1852, 2, p. 221 : Pour un mineur de 13 ans lors de la reconnaissance ; CA Amiens, 20 décembre 1923, *DP* 1924, 2, p. 238, pour un mineur de 12 ans. V. également : D. Montaux, « État civil, établissement de la filiation, reconnaissance », in *J.-Cl. N. Formulaire*, fasc. 35, nos 55 et s.

⁹ Issue de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, JO 11 septembre 2018, art. 55, entré en vigueur au plus tard le 1^{er} mars 2019.

grande instance se prononce, dans un délai de dix jours à compter de sa saisine, sur la demande en mainlevée de l'opposition formée par l'auteur de la reconnaissance, même mineur ». En l'absence de reconnaissance spontanée de l'un de ses parents, l'établissement juridique de la filiation quitte le domaine de la seule volonté des personnes au profit d'un mode d'établissement contentieux, auquel un mineur peut se voir impliqué.

B- L'établissement judiciaire de la filiation par un parent-mineur

138. L'établissement juridique de la filiation intervient dans les cas où l'un des parents n'a pas été lié juridiquement à son enfant par l'effet de la loi ou par sa volonté. Les actions judiciaires en matière de filiation regroupent les actions en recherche de maternité ou de paternité ainsi que les actions en contestation de filiation. Contrairement au domaine non contentieux, ces actions nécessitent la capacité d'ester en justice¹. Il convient d'appréhender la capacité reconnue aux mineurs, non pas selon l'action envisagée, mais selon le rôle qu'ils endossent durant la procédure, soit en tant que parent demandeur (1) soit en tant que parent prétendu défendeur à l'action (2).

1. Le parent-mineur demandeur à l'action

139. Les actions en recherche de paternité ont pour particularité d'être qualifiées de « réservées »² selon les termes utilisés par la loi³. Un enfant rattaché à l'un de ses parents pourrait souhaiter établir sa filiation à l'égard de l'autre. Ces actions sont ouvertes jusqu'aux 28 ans de l'enfant⁴, puisqu'elles se prescrivent par 10 ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, mais ce délai est suspendu durant la minorité. En dépit du caractère réservé de ces actions, le Code civil ne fait que consacrer un droit de jouissance au mineur. C'est l'article 328 du Code civil⁵ qui organise l'exercice de ce droit durant cette période. En raison de l'incapacité d'exercice des mineurs, la loi confie l'action au parent auquel l'enfant est rattaché⁶. Par ce biais, la loi peut confier l'action à un parent, lui-même soumis à un régime d'incapacité générale qui le prive de toute capacité pour agir en justice. Chose suffisamment exceptionnelle pour être soulignée, l'article répond à cette interrogation de manière explicite. Il souligne que « le parent, même mineur [...] a, pendant la minorité de l'enfant, seule qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité ». Cet article accorde aux parents-mineurs la capacité de représenter leur enfant sans qu'il soit indispensable de recourir à la représentation ou l'assistance juridique du parent. Cette capacité personnelle du parent-mineur permet d'écarter de plein droit toute action intentée par les grands-parents au nom de leur enfant ou de leur

¹ Ce raisonnement peut aussi être étendu aux actions réalisées aux fins de subsides.

² *Ibid.*, à l'égard de la recherche de maternité, p. 562, n° 1257.

³ Art. 325 al. 2 et 327 al. 2. C. civ.

⁴ Art. 321 C. civ.

⁵ Anciennement codifié à l'article 340-2 C. civ. par de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, JO 5 janvier 1972, p. 145, devenu Art. 328 suite à l'ordonnance de 2005 relative à la filiation.

⁶ Ex. : P. Malaurie et H. Fulchiron *Droit de la famille*, *op. cit.*, concernant la recherche de paternité, spéc. p. 593, n° 1276

petit-enfant. Un premier arrêt du 6 octobre 1953¹ a exclu toute qualité pour agir du représentant légal d'une mère-mineure. La jurisprudence accepte que le parent-mineur puisse régulariser l'action intentée par son parent en se substituant à lui. Cette substitution suffit pour attester de la volonté du parent-mineur d'établir la seconde filiation de l'enfant permettant de légitimer l'action intentée par ses parents².

140. Les procédures judiciaires en recherche de filiation ne peuvent faire l'objet d'une assistance ou d'une représentation, car elles sont liées à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Dans un arrêt du 12 octobre 1983³, la Cour de cassation a estimé qu'une mère n'avait pas à obtenir l'autorisation du juge des tutelles pour introduire une action en recherche de paternité pour le compte de son enfant. La partie au pourvoi soutenait qu'elle ne disposait que de l'administration légale sous contrôle judiciaire⁴, impliquant pour elle d'obtenir l'autorisation du juge avant toute action extrapatrimoniale effectuée pour le compte de son enfant⁵. Ce raisonnement revenait à consacrer la possibilité d'une assistance à l'égard du parent demandeur. Les juges ont écarté cet argument en considérant que son action était fondée sur sa seule qualité de parent⁶, en cohérence avec les autres règles du Code civil qui voient dans le parent le premier interprète de l'intérêt de l'enfant. Ce choix présente l'avantage d'éviter l'hostilité familiale qui peut être défavorable à l'établissement de cette seconde filiation⁷. Pour autant, cet arrêt permet de mieux comprendre l'autonomie reconnue aux parents-mineurs par l'article 328 du Code civil. Si « la seule qualité de mère⁸ » suffit à octroyer la capacité d'agir en justice sans autre condition, c'est que la recherche de paternité ou de maternité est une action de nature extrapatrimoniale. L'action est exercée dans l'intérêt de l'enfant⁹ par un parent qui agit en tant que titulaire de l'autorité sur sa personne¹⁰, les règles qui organisent l'action seront celles de l'autorité

¹ Cass., civ. 1^{ère}, 6 octobre 1953, *Bull. civ.* I, n° 217 ; *S.* 1954, I, p. 107 ; *JCP G* 1953, II, p. 7853.

² Cass., civ. 1^{ère}, 22 févr. 1972, n° 68-13442 ; *JCP G* 1972, II, p. 17111, note R. Lindon ; *D.* 1972, somm. p. 133 ; *RTD civ.* 1972, p. 627, obs. Hébraud ; *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 470 ; Cass., civ. 1^{ère}, 19 octobre 1976, *Bull. civ.* 1976, I, n° 301 ; *D.* 1977, inf. rap. p. 22.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 12 octobre 1983, n° 82-16139, *Bull. civ.* I, n° 230 ; *Deffrénois* 1984, art. 33230, n° 5, note J. Massip.

⁴ Ce régime a été supprimé par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, au profit d'un régime unique octroyant une confiance au parent quelle que soit l'organisation familiale (mono ou biparentale) ; v. *infra* n° 295.

⁵ Sur le fondement de l'ancien article 464 al. 3 C. civ. Le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire était mis en place lorsque la filiation n'était établie qu'à l'égard d'un seul parent. Les pouvoirs d'administrateur de ce parent étaient déterminés en référence à ceux du tuteur. Dans les hypothèses où l'action du tuteur nécessitait l'autorisation du conseil de famille, le parent administrateur devait obtenir l'accord du juge des tutelles, l'article 464 al.3 soulignait que : « L'autorisation du conseil de famille est toujours requise pour les actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux », avant que le tuteur puisse agir.

⁶ « La mère a, en sa seule qualité de mère, le droit d'agir en recherche de paternité, sans avoir à solliciter l'autorisation du juge des tutelles. ».

⁷ F. Granet-Lambrechts, « Actions relatives à la filiation – Recherche de paternité hors mariage », in *J.-Cl. civ. Code*, Art. 327 et 328, fasc. Unique, octobre 2015, n° 34 : « la mère mineure agit seule, sans qu'il soit nécessaire que son représentant légal l'assiste, de façon à éviter que l'hostilité de sa famille préjudicie aux intérêts de l'enfant que la mère, malgré son jeune âge, est réputée mieux placée que ses ascendants pour apprécier. ».

⁸ Depuis l'ordonnance de 2005, il est fait référence « aux parents », dès lors nous pouvons transposer cette solution à la qualité de « père ».

⁹ Sur ce point, une jurisprudence constante admet que le parent est réputé agir au nom de son enfant, même s'il ne l'a pas indiqué expressément dans ses écritures. Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 23 novembre 1977, n° 76-11.149, *Bull. civ.* I, n° 441.

¹⁰ La représentation requise à l'action judiciaire n'est ici qu'un attribut d'une décision d'autorité. En outre, l'action est régie par les règles liées à l'autorité et non à la représentation. Le juge fait référence exclusivement à la qualité de mère et non à celle de représentant légal de l'enfant ; v. F. Granet-Lambrechts, « Actions relatives à la filiation – Recherche de paternité hors mariage », *op. cit.*, n°s 33 s. ; v. *infra* n°s 338 s.

et non celle de l'administration légale¹. Seul le parent dont la filiation a été établie peut agir car le droit qui fonde son action est l'autorité, laquelle échappe par nature à toute représentation ou assistance². L'autorité parentale en tant que droit éminemment personnel du parent est exercée indépendamment de sa situation juridique qu'il s'agisse d'un père ou d'une mère mineure.

141. Si les mères sont généralement à l'origine de l'action en raison de la présomption liée à leur accouchement, l'existence d'une procédure engagée à l'initiative d'un père ne relève plus aujourd'hui de la simple théorie juridique. Cette situation est devenue crédible depuis la loi du 16 janvier 2009³ qui a supprimé la fin de non-recevoir systématique dont bénéficiaient les mères qui ont accouché dans l'anonymat⁴. Pour que cette action soit valable, il convient que l'enfant ne dispose d'aucune filiation maternelle. Dans cette configuration, la loi accepte qu'une procédure puisse être engagée à l'encontre de la mère potentielle pour faire reconnaître judiciairement sa maternité. Un père mineur qui serait parvenu, à localiser, identifier⁵ et reconnaître son enfant dans les deux mois suivant l'accouchement⁶ pourrait agir en justice pour établir le lien de filiation à l'égard la femme qui a accouché et contourner la fiction juridique qui lui permet de refuser toute filiation⁷. Ce faisant, une mineure peut se voir attribuer le rôle de défenderesse du parent prétendu lors de l'instance introduite par le père de l'enfant.

2. Le prétendu parent-mineur défendeur à l'action

142. Contrairement au demandeur à l'action, le mineur défendeur ne bénéficie pas du lien de filiation avec l'enfant lorsqu'il s'agit de l'objet même de l'action. Il n'est qu'un parent « prétendu » tant que le juge n'aura pas statué en faveur ou en défaveur de cette filiation. Il ne dispose ni du statut de parent ni de l'autorité parentale qui est la source de l'autonomie du parent-mineur demandeur à l'action. Aucun texte n'envisage explicitement la place occupée par ce parent « prétendu » défendeur à l'instance qui n'intervient pas en représentation de son l'enfant mais dans son seul intérêt. La jurisprudence a considéré dans un premier temps que l'action devait être dirigée non pas vers le parent « prétendu », mais à l'encontre de son ou ses représentants légaux chargés de la protection de ses intérêts⁸. Cette

¹ V. *infra* nos 338 s.

² V. *infra* nos 363 s.

³ 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, *JO*, 18 janvier 2009, p. 1062, texte n° 1.

⁴ Art. 325 C. civ.

⁵ En principe, le père même mineur peut bénéficier de l'article 62-1 C. civ. La retranscription de sa reconnaissance apparaît impossible du fait du secret opposé par la mère sur son identité, le père peut en informer le procureur de la République qui va procéder à la recherche des dates et du lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant, et ce afin de pouvoir faire valoir ses droits de filiation.

⁶ V. *supra* nos 124 s.

⁷ Sur ce point v. le rapport n° 145, de M. Richemont, sur le projet de loi 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, du 19 décembre 2007, *Sénat*.

⁸ F. Granet-Lambrechts, « Actions relatives à la filiation – Recherche de paternité hors mariage », *op. cit.*, n° 39 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, *op. cit.*, n° 920 ; A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 1001 ; Ch. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. III, par A. Breton, Rousseau 1936, n° 1163 ; A. Wahl, *RTD. civ.* 1913, pp. 5 et s. ; R. Savatier, *D.* 1949, jurispr. p.170 ; Cass., civ., 31 octobre 1934, *DP* 1935, 1, p. 52, note J. Carbonnier ; T. civ. Sables-d'Olonne, 5 avril 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 2, p. 56.

solution présentait plusieurs difficultés, car elle occultait le caractère personnel engendré par l'action et ses effets qui ne se limitent pas qu'au demandeur (l'enfant représenté par son parent) l'enjeu étant pour le défendeur identique, à savoir la reconnaissance juridique de son lien de filiation¹. Une partie de la jurisprudence ne se contentait pas de la seule représentation des titulaires de l'autorité parentale et exigeait que le mineur soit lui-même personnellement partie à l'instance².

143. La Cour de cassation a tranché cette question dans un arrêt du 8 janvier 1957³ en considérant que « l'action en déclaration de paternité implique de la part du père prétendu trop d'appréciations personnelles d'ordre intime et moral pour qu'il soit tenu à l'écart de la procédure. [...] Il doit être personnellement partie à l'instance en présence de son représentant légal »⁴. Il est question ici d'un mécanisme d'assistance du mineur défendeur et non d'une véritable représentation comme cela pouvait être le cas avant cette décision. Pour autant, le choix d'une autonomie totale identique à celle octroyée au parent demandeur est écarté. L'argumentation des magistrats s'explique par une volonté de pragmatisme confrontée à la situation d'incertitude dans laquelle se trouve la partie défenderesse. Il est apparu important de concilier deux aspects *a priori* contradictoires, avec d'une part la nature particulière de l'action qui nécessite de s'adresser directement à l'intéressé⁵ et d'autre part la volonté de maintenir une protection minimum face à un mineur dont le lien de filiation à l'égard de l'enfant peut ne pas être reconnu. Face au doute raisonnable, seule l'assistance permet de concilier ces deux aspects sans que le caractère personnel soit occulté par une protection qui demeure justifiée. Le prétendu parent-mineur se trouve dans une situation intermédiaire dans laquelle il n'est pas encore parent, et ne peut donc pas bénéficier de l'autonomie conférée par l'exercice de l'autorité parentale ; pour autant, il ne peut plus être appréhendé comme un simple mineur. La disparition systématique du protégé derrière sa protection présente le risque d'une réification du défendeur, par la substitution de sa volonté au profit de celle de son représentant qui détient sur lui l'autorité parentale. L'enjeu de l'exercice des droits des mineurs en matière de filiation ne peut être dissocié de la question d'un éventuel projet parental, sauf à permettre une confiscation de cette décision par ses protecteurs⁶. Cette situation conduirait à engager le mineur au-delà de la durée de sa protection, que ce soit en le privant d'une parenté souhaitée ou au contraire en la lui imposant, sans pour autant lui donner l'opportunité d'en modifier le sens une fois

¹ P. Bonfils, A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 768, n° 1269.

² CA Poitiers, 10 janvier 1949, *S.* 1950, 2, p. 20 ; *D.* 1949, jurispr. p. 170, note R. Savatier ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. I, LGDJ 1956, n° 1523 ; F. Granet-Lambrechts, « Actions relatives à la filiation – Recherche de paternité hors mariage », *op. cit.*, n° 39.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 8 janvier 1957, *JCP G* 1957, II, p. 9903, note de Montera ; *D.* 1957, jurispr. p. 464 ; *Gaz. Pal.* 1957, 1, p. 421 ; *RTD. civ.* 1957, p. 316, obs. H. Desbois ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 3^{ème} éd., 1976, n° 425.

⁴ Cité par P. Bonfils, A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 768, n° 1269.

⁵ La personne est la seule en mesure d'affirmer ou d'exclure son implication lors de la conception ainsi que sa volonté d'assumer ou non la charge de l'enfant (En droit français, le lien juridique entre l'enfant et l'un de ses parents n'exige pas forcément la preuve d'une exactitude biologique ; v. sur ce point : Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 1182. « Qui veut la mère prend l'enfant ? ») ; v. *supra* n° 137.

⁶ V. recommandation du Conseil de l'Europe, sur le principe concernant la protection juridique des majeurs incapables, Rec (1999)4, adoptée par le Comité des Ministres le 23 février 1999, lors de la 660^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

devenu majeur. L'assistance est ici efficace, car elle permet au mineur d'être partie à une instance qu'il subit avec un représentant légal dont le rôle est limité à une mission d'accompagnement et de stricte représentation puisqu'il ne peut substituer sa volonté à celle de son représenté qui est lui-même partie à l'instance. Dans le cas où sa filiation serait juridiquement constatée, il se verra attribuer les obligations liées au statut de père ou de mère et solliciter au besoin, l'attribution de l'autorité parentale sur l'enfant.

Section 2 : Les effets du lien de filiation entre le parent-mineur et son enfant

144. L'article 18-1 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant rappelle le principe selon lequel « les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement ». En reconnaissant l'aptitude des mineurs dans l'établissement de leur lien de filiation à l'égard de leur enfant, ceux-ci vont être confrontés aux droits et obligations qui y sont associés. La reconnaissance juridique du statut de père ou de mère, conduit la personne à devenir le débiteur d'une obligation légale d'entretien au profit de l'enfant qui n'est pas apte à assurer lui-même sa charge (§ 1). Pour faciliter l'exécution de cette charge, la loi attribue aux père et mère l'autorité parentale, mécanisme autour duquel s'organise les relations juridiques entre le parent et son enfant durant toute la minorité, où sa dépendance est présumée (§ 2).

§ 1 : Les obligations légales liées à la filiation à l'épreuve du parent-mineur

145. En accédant au statut de parent, le parent-mineur est dans l'obligation de subvenir aux besoins de son enfant. Si la loi attribue cette charge aux parents et à eux seuls, c'est que cette obligation d'entretien ne se limite pas exclusivement à un aspect alimentaire. L'obligation d'entretien comprend également un rôle éducatif et affectif, dont les modalités échappent au droit (A). Face à un parent-mineur, l'aspect alimentaire de son obligation devient problématique car confronté à un parent dépendant de ses propres parents. Il convient d'envisager l'intervention des parents du parent-mineur qui seront tenus de pallier les difficultés qu'il rencontre dans l'exécution de son obligation, par la solidarité intrafamiliale sous la forme d'une obligation alimentaire au bénéfice de l'enfant (B).

A- L'obligation d'entretien du parent-mineur

146. L'obligation d'entretien « est la forme parentale de l'obligation alimentaire, de même que le devoir de secours en est la forme conjugale. [...] Répondant à un besoin vital, ce devoir naît avec l'enfant et crie aussi fort que lui »¹. Elle s'inscrit dans le cadre de la filiation et de l'exercice de l'autorité parentale, car « qui fait l'enfant doit le nourrir »². Pourtant, cette obligation s'étend bien au-delà des besoins alimentaires de l'enfant. Il incombe également aux parents d'éduquer leur enfant, quel que soit l'état de leurs ressources (1). Les ressources à disposition du parent influent fortement sur la place qui

¹ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, éd. Domat-Montchrestien, 4^{ème} éd., 1994, n° 104.

² Formule attribuée au juriste A. Loysel, la jurisprudence avait par ailleurs dégagé ce principe bien avant l'intervention de la loi du 3 janvier 1972, (n° 72-3, D. 1972, p. 51), puis de celle du 4 mars 2002 (n° 2002-305, JO 5 mars 2002) qui a mis fin à toute distinction entre l'enfant naturel et l'enfant légitime. Ex. : Cass., civ. 27 novembre 1935, DP 1936, 1, p. 25, note Rouast, le juge mettait déjà à la charge des père et mère naturels l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants.

lui sera accordée dans l'exercice de sa fonction, avec les aides que le droit social peut lui apporter comme le revenu de solidarité active en raison de son isolement¹. Un parent-mineur peut être considéré « hors d'état de faire face à [cette] obligation »², en raison de sa dépendance à ses parents tant sur le plan financier qu'éducatif (2).

1. L'obligation d'entretien mise à la charge des parents-mineurs

147. L'obligation d'entretien trouve sa source dans la filiation et repose sur l'attribution du statut juridique de père ou de mère³. En se liant juridiquement à l'enfant, les parents acceptent de répondre à ses besoins. L'objectif est de lui assurer ce que la CIDE a défini comme le « droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social »⁴. La nature juridique exacte de l'obligation d'entretien fait encore l'objet d'un débat au sein de la doctrine⁵. Un premier courant y voit une simple obligation patrimoniale qui ne diffère de l'obligation alimentaire que par ses modalités d'exécution spécifiques⁶, quand un second y voit une obligation mixte, à la fois patrimoniale par la contrainte imposée de subvenir aux besoins matériels de l'enfant, mais aussi éducatifs. Pour ce second courant, la mission parentale ne se limite pas à assurer la seule subsistance de l'enfant. Elle s'étend bien au-delà en raison de l'injonction faite au parent de l'éduquer⁷. Cette éducation a pour objectif d'assurer à l'enfant la meilleure insertion possible dans la société. Si l'obligation d'entretien entre dans la catégorie des « obligations alimentaires » au sens large, elle ne peut être assimilée à l'obligation strictement alimentaire dépourvue d'aspect éducatif et qui peut être dévolue à tous ascendants ou descendants d'une même lignée familiale. L'obligation d'entretien implique que le débiteur vienne en aide selon ses ressources à un créancier de même parenté qui ne peut assurer seul sa subsistance, c'est ici le seul point de similitude avec l'obligation strictement alimentaire. En dehors de cet aspect, l'entretien revêt de nombreuses particularités qui lui sont spécifiques. En premier lieu, son

¹ Pour une étude de l'ancienne allocation parent isolé : N. Kesteman, « L'allocation de parent isolé et les obligations alimentaires : les conséquences de la réforme de 2007 », *Politiques sociales et familiales*, n° 95, 2009, pp. 67-75 ; remplacé depuis par le RSA parent isolé par la loi n° 2008-1249, 1^{er} décembre 2008, généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, *JO* 3 décembre 2008 ; v. L. 262-4 CASF. Cette loi a institué un RSA « qui a pour objet d'assurer à ses bénéficiaires des moyens convenables d'existence, afin de lutter contre la pauvreté, encourager l'exercice ou le retour à une activité professionnelle et aider à l'insertion sociale des bénéficiaires ».

² Art. 5 du décret n° 2016-842 du 24 juin 2016 relatif à la garantie contre les impayés de pensions alimentaires et modifiant les dispositions relatives à l'allocation de soutien familial, *JO* 26 juin 2016, n° 0148, texte n° 28. Codifié à l'article D. 523-2 CSS.

³ C. Neirinck, « Autorité Parentale, Délégation », in *J.-Cl. civ. Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, janvier 2018 ; M. Rebourg, « Obligation d'entretien des parents à l'égard de l'enfant », in *Dr. fam.*, Dalloz Action, P. Murat (dir.), 2016, n° 311. 41.

⁴ Convention internationale des Droits de l'Enfant, 1989, art. 27.

⁵ V., M. Kornprobst, H. Bosse-Platière, A. Mullot-Thiébaud, « Obligation alimentaire », in *Rep. civ.*, Dalloz, septembre 2012, (actualisation mars 2019), n° 76.

⁶ *Ibid.* ; Pour certains auteurs, l'obligation d'entretien revêt une même nature que l'obligation alimentaire, seules leurs modalités diffèrent : v. T. Péliissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, thèse dactyl., Lyon, 1961 ; RTD. civ. 1968. 142, obs. R. Nerson ; R. Savatier, note sous Cass., civ. 2^{ème}, 29 mai 1963, *JCP* 1964. II. p. 13651 ; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., spéc. p. 329, n° 520.

⁷ P. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, op. cit., p. 800, nos 1782 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil : Introduction Les personnes La famille, l'enfant, le couple*, op. cit. nos 407 et s. ; F. Derrida, *L'obligation d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants*, thèse dactyl., Alger, 1947 ; L. Leveneur, F. Fatôme-Leveneur, « Aliment. Obligation d'entretien », in *J.-Cl. civ. Code*, Art. 203 et 204, fasc. unique mai 2013, n° 13 ; un auteur y voit même un devoir et non une simple obligation : ex : M. Rebourg, op. cit., n° 311. 41.

existence implique un lien de filiation en degré¹ direct, ce qui signifie qu'elle ne peut lier qu'un père ou une mère avec l'enfant qui leur est rattaché. Cette obligation ne peut être réciproque. Le créancier (l'enfant) ne peut devenir débiteur d'un entretien envers son parent, car il n'est pas opportun de demander légalement à un enfant de pourvoir à l'éducation de son parent, et ce, quel que soit le stade de sa vie. Elle revêt un caractère personnel et ne peut être transférée aux ascendants ou aux descendants de degré plus éloigné. Ce qui implique qu'un grand-parent ne peut être légalement tenu à une obligation d'entretien² à l'égard de son petit-enfant. Son obligation sera en principe strictement alimentaire³.

148. S'il est important de nourrir⁴ et d'entretenir l'enfant (aliments, vêtements, frais divers...), ce n'est qu'un minimum auquel son parent ne peut se cantonner, sauf à occulter son éducation⁵ et sa socialisation⁶ qui n'entre pas dans le champ de la simple obligation alimentaire⁷. Elle s'exécute généralement au jour le jour en nature dans le cadre de la vie familiale, ce qui la rend difficile à cerner. L'obligation d'entretien est composée à la fois d'une créance patrimoniale et d'une créance extrapatrimoniale. Cette dualité apparaît clairement dans le cas de parents séparés lors d'un conflit qui requiert l'intervention du juge aux affaires familiales⁸. À l'occasion d'une séparation, le juge pourra prévoir que l'obligation d'entretien de celui qui n'assure pas la charge quotidienne de l'enfant s'exécutera via le versement d'une pension alimentaire. Cette pension répond à l'aspect patrimonial de la créance d'entretien et sera exécutée en argent. Si de cette obligation transparaît une volonté de préparer au mieux l'autonomie professionnelle de l'enfant et par ce biais son autonomie financière⁹, il est possible d'y déceler également le souhait de lui assurer une bonne insertion globale dans la société. Par le biais de l'obligation d'entretien, la loi pose les jalons du rôle parental. Parce que le parent a engendré l'enfant, il devient son protecteur naturel. C'est pour cette raison que le législateur a vu dans le parent le défenseur naturel de son enfant et lui attribue l'autorité parentale qui suit cette même logique duale

¹ Définition légale du « degré », v. art. 741 C. civ.

² L'exécution d'une telle obligation pourrait revêtir le caractère d'obligation « naturelle » dès lors que le grand-parent s'investit spontanément dans l'éducation de son petit-enfant. La loi ne l'y oblige pas contrairement aux père et mère.

³ M. Kornprobst, « Obligation alimentaire », *op. cit.*, n° 80 ; C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n° 335 ; Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 1990, n°87-14.293, 2^{ème} esp., *JCP* 1991, II, p. 21664.

⁴ Art. 203 C. civ.

⁵ Art. 203 et 371-2 C. civ.

⁶ V. sur cet aspect : J.-J. Rousseau, *Émile ou de l'éducation*, *op. cit.*, Rousseau décrit dans cet ouvrage composé de 5 livres l'éducation idéale que selon lui devrait recevoir un jeune garçon fictif de sa naissance à l'âge adulte. Ce faisant Rousseau tente de décrire la mission éducative qui échoit à chaque parent. (Il y présente aussi l'éducation des femmes au travers de Sophie. Sur ce point l'ouvrage de J.-J. Rousseau véhicule les schémas sociaux de cette époque, Sophie n'ayant d'autre but que de devenir une bonne épouse pour Émile)

⁷ Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 1996, n° 94-13.217, *Dr. fam.* 1997, comm. p. 25, note P. Murat. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que le contenu de l'obligation d'entretien comprenait aussi les dépenses d'éducation, d'agrément et de loisirs du jeune créancier (même si les juges font référence à des « dépenses », celles-ci sont effectuées non pas pour la subsistance de l'enfant, mais pour répondre à ses besoins d'éducation et de socialisation qui composent le volet extrapatrimonial de l'obligation d'entretien). À cela nous pourrions déduire de l'article 108-2 C. civ. qui fixe le domicile du mineur chez son parent et l'article 371-3 du même Code qui impose la cohabitation entre l'enfant et ses parents, une obligation implicite pour ces derniers d'accueillir l'enfant au sein du logement parental. Cette obligation peut être rattachée à l'entretien de l'article 371-2 C. civ. De plus, le parent auprès duquel l'enfant ne réside pas peut voir sa contribution augmentée en raison de cette absence de cohabitation avec l'enfant. V. sur l'obligation de logement due par le parent à son enfant mineur : A. Gouttenoire, « Le logement de l'enfant », *AJ. fam.*, 2008, p. 371.

⁸ Sur la compétence du juge aux affaires familiales : D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2019, n°s 623 s., pp. 543 s.

⁹ M. Rebourg, *op. cit.*, n° 311-51 ; F. Terré et D. Fenouillet, *La famille*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 30 novembre 2011, n° 901, p. 862.

entre besoins personnels et besoins matériels, car elle n'est qu'un outil au service de cette créance et de la protection de l'enfant¹. Comme le statut juridique de parent trouve son origine dans la filiation², l'obligation d'entretien n'est pas dépendante de l'existence ou du mode d'exercice de l'autorité parentale et peut éventuellement lui survivre³. L'entretien de l'enfant ne prend pas obligatoirement fin à sa majorité⁴. Le critère de son maintien dépend en grande partie des besoins de l'enfant « eu égard à son âge et à ses habitudes de vie »⁵. « Elle est due tant que le jeune créancier n'est pas en mesure de subvenir lui-même à ses besoins » ou que son éducation n'est pas encore achevée⁶. La minorité du débiteur ne fait que créer une présomption en ce sens⁷.

149. L'éventualité d'un mineur qui deviendrait lui-même parent a pour effet d'« aggraver » indirectement le poids et la durée de cette obligation dont son parent est toujours tenu à son égard. En acceptant sa filiation, l'enfant deviendra automatiquement débiteur de l'obligation d'entretien pour son enfant. L'établissement du lien juridique combiné à la présomption de besoin dans lequel se trouve le débiteur suffisent à créer l'obligation et le parent-mineur devra théoriquement s'en acquitter personnellement⁸. Si cette charge est liée à un statut juridique qui ne nécessite lors de son attribution aucune capacité personnelle ni discernement spécifique comme pour la mère⁹, cette créance ne requiert aucune capacité juridique personnelle ni discernement de la part de son débiteur, car il s'agit d'un attribut de la filiation. Ce lien entre obligation et le statut de parent est renforcé par la séparation matérielle du foyer, car elle ne met pas fin au couple parental qui demeure solidairement tenu de

¹ V. V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, « Autorité parentale, §1 spécificité de l'obligation d'entretien », in *Rép. pr. civ.*, Dalloz, n°s 254 et s. : « L'insertion de l'obligation d'entretien dans les dispositions relatives à l'autorité parentale sur la personne de l'enfant est logique, car elle tend précisément à permettre d'assurer les missions d'entretien et d'éducation dont les parents sont investis au titre de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. ». Le découpage même de l'autorité parentale fait écho à la dualité de l'obligation d'entretien avec d'un côté l'aspect personnel (autorité/éducation, bien-être) et de l'autre l'aspect patrimonial (représentation / subsistance). En outre cela explique en partie le maintien de l'obligation d'information dont continue de bénéficier le parent qui s'est vu retirer son autorité parentale, mais qui peut toujours, par ce biais, participer à l'éducation de son enfant et contrôler les choix réalisés par l'autre parent.

² V. M. Bételle, rapport rendu au Sénat du 14 novembre 2001, n° 71, sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale : la commission a constaté que l'Assemblée nationale a introduit l'obligation alimentaire pour les enfants naturels dans un *article 372-1* figurant dans le paragraphe consacré à l'exercice de l'autorité parentale. Elle souligne que : « cette obligation n'est pas liée à l'exercice de l'autorité parentale mais au fait même d'être parent. ». La commission a proposé de reporter cette disposition dans un *article 371-2* figurant dans les dispositions générales relatives à l'autorité parentale et non dans celles relatives à son exercice. Cela reste, à nos yeux, encore discutable car la commission ne semble pas avoir tiré toutes les conclusions de son observation, la qualité de parent découlant de la filiation et non de l'autorité parentale.

³ B. Py, « La délégation de l'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », *RDSS* 1996, p. 229

⁴ Art. 371-2 al. 2 C. civ. ; J. Hauser, « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur », in *L'enfant, la famille et l'argent*, LERADP Lille, 1991, avant-propos F. Dekeuwer-Defossez ; D. Bourgault-Coudeville, « Limite à l'obligation parentale d'entretien à l'égard de l'enfant majeur », *D.* 2002, p. 1875.

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 22 mars 2005, *D.* 2005. IR 1112.

⁶ La poursuite d'études durant la majorité peut être une cause de la survivance de l'obligation d'entretien, la mission même du parent n'est pas encore terminée, v. C.A. Douai, 7^{ème} ch., 15 mars 2001, *D.* 2002, p. 1875, comm. D. Bourgault-Coudeville ; J. Hauser « Obligation d'entretien : parents n'ayez aucune pitié pour vos grands enfants ! », *RTD. civ.*, 1993, p. 576. Il convient de souligner qu'au-delà de la majorité l'obligation d'entretien devient difficile à distinguer d'une obligation d'aliment stricto-sensu.

⁷ V. Cass., civ. 2^{ème}, 12 juillet 1971, *D.* 1971, p. 689 ; M. Rebours, *op. cit.*, in *Dr. fam., op. cit.*, n° 311-71 ; Les parents peuvent être condamnés à verser une pension alimentaire sans que le besoin ait été constaté : Cass., civ. 2^{ème}, 2 mars 1994, *Bull. civ.*, II, n° 77 ; *RTD. civ.* 1994, p. 847, obs. J. Hauser.

⁸ L. Leveneur, F. Fatôme-Leveneur, « Aliments, Obligation parentale d'entretien », *op. cit.*, n° 13 : « *a priori* il suffit qu'un homme et une femme aient mis au monde un enfant pour qu'ils soient obligés de le nourrir et de l'élever »

⁹ V. *supra* n° 134.

cette dette. Un père mineur, est donc tenu de subvenir aux besoins de l'enfant qu'il a reconnu en dépit de sa dépendance à l'égard de ses parents¹. En reconnaissant au mineur la qualité de père ou de mère², le juge peut aussi prévoir le versement d'une pension alimentaire qui rétroagit dès la naissance de l'enfant³, moment du point de départ de cette dette, sous réserve de la prescription quinquennale.

150. Si la minorité n'influe pas sur l'existence de l'obligation, il n'en va pas de même sur son intensité. L'article 371-2 du Code civil pose le principe selon lequel : « chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources [...] »⁴. Le parent-mineur, en raison de sa dépendance, ne dispose pas des ressources personnelles pour assumer cette obligation financière, sauf à prendre en considération les ressources que ses parents ou l'État lui allouent (telle que l'allocation de soutien familial [ASF]⁵) ou encore les éventuelles libéralités dont il serait l'unique bénéficiaire. Comme à l'impossible nul n'est tenu, la loi fait preuve d'un certain pragmatisme en reconnaissant l'insolvabilité des parents-mineurs. Il convient d'évoquer chacun des aspects qui composent cette obligation et dont le parent-mineur pourra éventuellement être dispensé.

2. La dépendance du parent-mineur dans l'exécution de son obligation d'entretien

151. Le parent peut être libéré de l'aspect patrimonial de son obligation d'entretien chaque fois qu'il apporte la preuve de l'insuffisance de ses ressources personnelles. La Cour de cassation considère que « l'obligation d'entretenir et d'élever les enfants résulte d'une obligation légale à laquelle les parents ne peuvent échapper qu'en démontrant qu'ils sont dans l'impossibilité matérielle de le faire [...] »⁶. En tant que parent, le mineur est présumé être à même de remplir son obligation d'entretien. Il pèse sur eux une véritable incertitude sur leur capacité à assumer cette obligation car ils dépendent encore de leurs parents qui sont également tenus de pourvoir à leur entretien. Le parent peut y échapper en démontrant son état d'impécuniosité par l'insuffisance de ses ressources personnelles⁷. Si ce raisonnement

¹ Ex : CA Grenoble Chambre des urgences le 11 janvier 2005, S / M, Contentieux Judiciaire, *Juris-Data* n° 2005-265882. Le père, bien que résident chez ses propres parents, va pouvoir continuer d'assurer son obligation d'entretien en y accueillant son enfant (en l'espèce il s'agissait d'un majeur, l'hypothèse nous semble transposable à la situation d'un père mineur).

² Généralement le père, car la mère bénéficie de la présomption légale de l'accouchement. Cependant l'hypothèse peut être rencontrée depuis la loi du 16 janvier 2009 *op. cit.*, qui exclut le caractère automatique de la fin de non-recevoir des actions en recherche de maternité visant une mère ayant accouché sous X et dont l'enfant ne bénéficie d'aucun lien de filiation maternel établi.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, n° 92-17461, *Bull. cin.*, I, n° 247 ; Cass., civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, *JCP* 2004, IV, p. 2351 ; *AJ. fam.* 2004, p. 280, obs. Bicheron ; *Dr. fam.* 2004, comm. p. 143, note Murat.

⁴ Cette référence aux capacités financières du parent figurent aussi au sein de l'article 27 al. 2 de la CIDE : « C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant. »

⁵ Art. L. 523-1 CSS et s.

⁶ Cass., civ. 2^{ème}, 17 octobre 1985, n° 84-15135, *Juris-Data* n° 1985-002845, *Bull. cin.* 1985, II, n° 157 ; Cass., civ. 2^{ème}, 18 mars 1992, n° 90-20535, *Juris-Data* n° 1992-000639, *Bull. cin.* 1992, II, n° 91 ; Cass., civ. 2^{ème}, 29 mai 1996, n° 94-20916, *Juris-Data* n° 1996-002108, *Bull. cin.* 1996, II, n° 114.

⁷ Le parent qui est en mesure d'assurer son obligation d'entretien mais qui n'y procède pas commet l'infraction de mise en péril du mineur résultant d'une privation de soins et/ou d'aliments (art. 227-15 CP), dès lors qu'il s'agit d'un enfant de moins de quinze ans et que l'inexécution du parent qui doit exercer l'autorité parentale (instrument permettant d'assurer l'obligation d'entretien durant la minorité) met en péril sa santé.

s'applique à tout parent majeur, il ne peut être transposé aux parents-mineurs en raison de leur dépendance financière à leurs parents qui facilite la démonstration de leur état d'impécuniosité.

152. Lorsque le parent-mineur est le seul parent auquel l'enfant est rattaché, il bénéficie de plein droit de l'Allocation de Soutien Familial¹. Dans le cas contraire, il doit démontrer que l'autre parent n'est pas en capacité d'assumer son obligation. Le décret du 24 juin 2016² a créé au sein du Code de la sécurité sociale un article D. 523-2 qui envisage les cas où le parent débiteur d'une obligation d'entretien ou du versement d'une pension alimentaire placé dans certaines circonstances sera réputé « hors d'état d'y faire face ». Cet article permet de renverser la charge de la preuve au bénéfice du parent défaillant. Ce n'est plus au parent débiteur de prouver son manque de ressources, mais au créancier, c'est-à-dire l'enfant représenté par son autre parent³. Sont considérés hors d'état de faire face à leur obligation d'entretien les débiteurs dont l'insolvabilité est elle-même présumée en raison de leur situation personnelle parmi lesquelles figure la minorité. Cette présomption, bien que renversée, demeure simple. Il est toujours possible pour l'enfant ou son représentant d'apporter la preuve que le débiteur défaillant, bien que mineur, dispose des ressources suffisantes lui permettant d'assumer son obligation que ce soit par des héritages, donations..., ou la rémunération obtenue dans le cadre d'un contrat d'apprentissage. Cela implique que les parents du parent-mineur sont également dispensés de leur obligation d'entretien. Dans le cas contraire, le parent-mineur n'est pas capable de subvenir à ses besoins, et ne peut assumer financièrement la charge de son enfant⁴. Sur ce point il est essentiel de souligner que les grands-parents ne sont pas tenus de compenser à la défaillance du parent dans son obligation d'entretien⁵. Dans les faits, c'est bien sur les parents du parent-mineur que l'aspect financier de l'obligation d'entretien repose, cette assistance matérielle prendra l'aspect d'une l'obligation purement alimentaire qui bénéficie à la lignée⁶ familiale dans son entier⁷.

153. Le parent peut être dispensé de toute contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant s'il ne dispose pas des ressources suffisantes⁸. Si le pragmatisme conduit à le dispenser de l'aspect financier, le parent débiteur insolvable est toujours tenu du versant extrapatrimonial de cette obligation, matérialisé par l'exercice de l'autorité parentale. Comme souligné précédemment, l'obligation d'entretien n'est pas une obligation strictement alimentaire. Elle impose aux parents d'élever et

¹ Art. L. 523-1 et s. CSS.

² Décret, n° 2016-842, du 24 juin 2016, relatif à la garantie contre les impayés de pensions alimentaires et modifiant les dispositions relatives à l'allocation de soutien familial, Art. 5, JO 26 juin 2016, texte n° 28.

³ V. F. Dekeuwer-Defossez, « Le lien parental », in *le colloque : La personne dans tous ses états*, LPA n° 131, 1^{er} juillet 2004, p. 71.

⁴ La majorité des hypothèses posées par l'article D. 523-2 CSS impliquent un parent qui ne peut assumer lui-même sa propre subsistance.

⁵ Sauf à devenir une simple obligation naturelle.

⁶ Définition lignée : art. 742 C. civ.

⁷ V. CA Versailles, 29 septembre 1989, D. 1992, p. 67, note T. Garé ; Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 1990, n° 87-14.293, JCP 1991, II, p. 21664, 2^{ème} esp. : « L'obligation d'entretien se distingue enfin de l'obligation alimentaire en ce qu'elle constitue une obligation principale qui exclut le recours à l'obligation alimentaire, subsidiaire, à laquelle sont tenus les autres ascendants », tel que les grands-parents ; v. *infra* n°s 141 s.

⁸ Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 8 octobre 2008, n° 07-16.646, *Juris-Data* n° 2008-045282 ; *Bull. civ.* 2008, I, n° 218.

d'éduquer leur enfant. Les moyens mis en œuvre pour son exécution ne sont pas exclusivement d'ordre matériel et trouvent un écho au travers de l'obligation du droit de garde et de surveillance de l'autorité parentale¹. Une majorité de ces « dépenses » sont en réalité effectuées exclusivement en nature. Il n'est pas possible de déduire de cette seule insolvabilité l'incapacité des mineurs pour assumer leur rôle parental², leur défaillance étant sur ce point en grande partie compensée par l'obligation alimentaire de leurs parents, tenus en tant que grands-parents de leur enfant.

B- L'obligation alimentaire des parents du parent-mineur

154. La parenté ne se limite pas à l'affiliation d'un enfant à son père ou à sa mère. Elle l'inscrit au sein d'une lignée familiale. Celle-ci se compose d'ascendants et de descendants de degrés plus ou moins éloignés sur lesquels la loi fait reposer une véritable solidarité. L'article 205 du Code civil rappelle aux enfants qu'ils « doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ». Contrairement à l'obligation d'entretien, l'article 207 de ce même Code prévoit que l'obligation strictement alimentaire bénéficie d'une réciprocité entre les différents débiteurs et créanciers d'une même lignée. Un ascendant peut se voir contraint de venir en aide à un descendant qui ne serait pas ou plus en état d'assurer seul sa subsistance. Face à la dépendance que la minorité fait planer sur le parent, la solidarité familiale trouve ici tout son sens. D'un caractère subsidiaire, l'obligation alimentaire devient ici principale (1) et peut avoir pour conséquence de faire reposer la charge effective de l'enfant non plus sur le père ou la mère, mais sur ses grands-parents (2).

1. L'obligation alimentaire palliatif de l'obligation d'entretien du parent-mineur

155. L'affiliation de l'enfant à son parent encore mineur bouscule à nouveau la vision traditionnelle des effets de la filiation. Le parent est contraint d'assumer en premier lieu la charge matérielle et éducative de l'enfant³ et implique de disposer des moyens suffisants pour assumer cette mission de manière autonome. L'impossibilité pour le parent de répondre aux besoins de son enfant est envisagée par la loi comme un événement exceptionnel. La législation n'attribue à l'obligation alimentaire qu'un

¹ A. Gouttenoire, « Autorité parentale », in *Rep. civ.*, Dalloz, octobre 2017, (actualisation juillet 2019), n° 55. : « La prise en charge quotidienne de l'enfant par ses père et mère s'effectue toujours en réalité à travers l'exercice d'un droit et d'un devoir de garde et de surveillance, expressément visé par les textes relatifs à l'autorité parentale ».

² V. L. Bettoli, « Parents mineurs : la grossesse, facteur de maturation pour les jeunes parents ? Quels risques comporte-t-elle ? Quel accompagnement à Genève ? », *Thérapie Familiale* 2003/2 (vol. 24), p. 179-191, « Le sens de la grossesse chez le jeune homme » et « La relation mère/bébé ». Cette étude met en avant le fait que l'adolescent soit capable d'assumer sa parenté autant qu'une personne adulte. Il va demander un soutien dans le long-terme pour pouvoir d'affronter à la fois les difficultés de la parenté et celles de l'entrée dans la vie adulte ; C. Le Van, « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *Adolescence* 2006/1 (n° 55), p. 232 : « la misère sociale n'est pas l'apanage des jeunes. Il en est à l'adolescence comme à l'âge adulte. Les problèmes auxquels peuvent être confrontées les jeunes mères n'ont rien de spécifique à leur âge. » ; P. Ariès, « Les classes d'âge dans les sociétés modernes occidentales ? », in *Les âges de la vie : actes du 7ème colloque national de démographie.*, INED-CNRS, 1983, pp. 17-20 : « parce que l'adolescence constitue pour notre société un objet de crainte, surtout lorsqu'elle est dans l'incapacité de lui fournir du travail et de la faire rentrer dans les normes de notre civilisation industrielle, nous avons tendance à l'isoler, à la considérer comme un monde à part ».

³ A. Bateur, « L'obligation alimentaire, d'entretien et d'éducation de l'enfant à l'épreuve de la filiation et de l'autorité parentale », *LPA*, 24 juin 2010, n° 125, p. 30.

caractère subsidiaire (en cas d'impossibilité totale), voire complémentaire (en cas d'impossibilité partielle) à l'obligation d'entretien¹. Les parents du parent-mineur ne peuvent être tenus d'exécuter leur obligation d'aliment envers son enfant qu'en cas de défaillance grave et avérée du parent-mineur dont l'action prime nécessairement sur la leur, car ils ne sont que les grands-parents². C'est au parent-mineur de démontrer qu'il est dans l'impossibilité totale ou partielle de subvenir aux besoins de son enfant³, car « qui fait l'enfant doit l'élever »⁴. Faute de pouvoir assumer le volet alimentaire de l'obligation d'entretien, cette obligation revient au premier débiteur présumé solvable de la lignée, en l'espèce, les grands-parents⁵. Ces derniers deviennent doublement débiteurs : à l'égard du parent, par la continuité de leur obligation d'entretien et d'éducation, ainsi qu'à l'égard de leur petit-enfant en assumant les besoins essentiels de la vie⁶. L'état de minorité du parent et de son enfant permet de démontrer leur situation de besoins. Lorsque le couple parental est composé exclusivement de mineurs, cette obligation d'aliment incombe sans distinction aux grands-parents de la branche maternelle et paternelle.

156. En cas de pluralité de débiteurs, le droit français réalise une différence selon qu'ils se situent à des degrés de parenté similaire ou non. Dans l'exemple évoqué, les grands-parents sont à un niveau identique, ce qui facilite l'action du débiteur ou de son représentant, qui a la possibilité de s'adresser à l'un d'eux, à certains d'entre eux ou à tous⁷ en fonction de leurs ressources. Dans les faits, les grands-parents qui prendront le relais des parents-mineurs seront ceux chez qui l'enfant aura sa résidence habituelle. En pratique, il s'agit généralement des grands-parents maternels, pour deux raisons : la première est liée au faible taux de reconnaissance de l'enfant par leur père⁸ et la seconde, par l'enchevêtrement des obligations de cohabitation. Si la résidence de l'enfant est fixée légalement chez

¹ Ex. art. 375-8 C. civ.

² M. Kornprobst, H. Bosse-Platière, A. Mullot-Thiébaud, *op. cit.*, in *Rép. civ.*, Dalloz, n° 80 ; D. Huet-Weiller, « L'obligation alimentaire des grands-parents vis-à-vis de leurs petits-enfants », *RTD. civ.* 1991. 729 ; H. Bosse-Platière, « La présence des grands-parents dans le contentieux familial », *JCP* 1997, I, p. 4030 ; J. Hauser, *RTD. civ.* 1993, p. 816 ; pour la jurisprudence : CA Versailles, 29 septembre 1989, *D.* 1992, p. 67, note T. Garé ; Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 1990, n° 87-14.293, *JCP* 1991, II, p. 21664, 2^{ème} esp. : « L'obligation d'entretien se distingue enfin de l'obligation alimentaire en ce qu'elle constitue une obligation principale qui exclut le recours à l'obligation alimentaire, subsidiaire, à laquelle sont tenus les autres ascendants - par exemple, celle des grands-parents ». Cette jurisprudence est constante : Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 1974, *Bull. civ.* I, n° 77 ; *D.* 1974. Jur. p. 329, note G. Gaury ; *Defrénois* 1974, art. 30746, n° 37, obs. H. Souleau ; Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 1990, *JCP* 1991, II, p. 21664 (2^{ème} esp.), note Th. Garé ; *Defrénois* 1990, p. 944, note J. Massip ; Cass., civ. 2^{ème}, 18 décembre 1996, *Dr. et patr.* févr. 1997, n° 188, note Y. de Thévenard ; CA Lyon, 15 févr. 2000, *Juris-Data* n° 2000-110714 ; CA Riom, 17 décembre 2002, *AJ. fam.* 2003. 383, obs. F. Bicheron ; CA Nancy, 3^{ème} ch., 3 avril 2006, *Dr. fam.* 2007, comm. p. 56, obs. P. Murat

³ Cass., civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n° 98-17.806, *RJPF* 2000-10/26, obs. Valory ; Cass., civ. 1^{ère}, 8 janvier 2002, *RJPF* 2002-4/49, obs. Valory, *Juris-Data* n° 012526.

⁴ H. Fulchiron et P. Malaurie, *Droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 797 et s., n° 1780, qui reprennent la citation de A. Loysel.

⁵ M. Lamarche, « Substitution des grands-parents aux parents », *AJ. fam.*, 2008, p. 141 ; Sur la limitation de l'obligation des grands-parents à une obligation alimentaire et non d'entretien, sur les inconvénients de cette solution, v. T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, éd. CNRS, 1989, nos 348 et s.

⁶ Cass., civ. 28 février 1938, *DH*, 1938.241 : « il faut entendre par « aliments » tous ce qui est nécessaire à la vie, notamment les soins médicaux » ; ce qui va inclure un large panel de besoin : nourriture, logement, vêtements, frais maladie, etc. ...

⁷ P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 785 et s., n° 1750. Il ne s'agit pas d'une obligation *in solidum*, car chaque créancier n'est tenu qu'en proportion de ses propres moyens ; v. aussi : Cass., civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, *Bull. civ.* I, 419 ; *Defrénois* 2006, p. 343, obs. J. Massip ; *RTD. civ.* 2006, p. 104, obs. J. Hauser : « il n'y a ni solidarité, ni obligation *in solidum* entre les codébiteurs d'aliments » ; il s'agit d'offrir une facilité de recouvrement de créance par la pluralité d'action du débiteur.

⁸ « Quand la mère a moins de 20 ans, seule la moitié des enfants a une filiation paternelle. [...] Ce sont les enfants des mères les plus jeunes et, dans une moindre mesure, les plus âgées, qui sont les moins souvent reconnus par leur père. Le même constat avait été fait pour les naissances des générations 1965 à 1994 », P. Germé, L. Richet-Mastain, « Reconnaître son enfant : une démarche de plus en plus fréquente et de plus en plus souvent anticipée », *INSEE première*, n° 1105, octobre 2006, p. 2.

son parent-mineur, ce dernier est lui-même domicilié chez ses parents le temps de sa minorité, à moins qu'il n'ait été autorisé à quitter le domicile familial¹. La solidarité qui lie tous les débiteurs alimentaires d'un même degré permet à celui qui assure la totalité de cette dette de se retourner contre ses codébiteurs y compris les parents défaillants². Cette solidarité familiale permet aux grands-parents maternels de se retourner contre le père de l'enfant lorsqu'il est connu et dans l'éventualité où il serait également mineur, ou que sa contribution demeure insuffisante par la faiblesse de ses ressources, une pension alimentaire pourra être mise à la charge des grands-parents paternels³. Compte tenu de la minorité des parents l'obligation alimentaire peut éventuellement se poursuivre jusqu'aux arrière-grands-parents encore vivants, le texte n'ayant pas fixé de limite de degré.

157. Si en principe, l'obligation alimentaire s'exécute en argent, le débiteur a la possibilité de se libérer en nature⁴. L'exécution en nature devient ici le mode de libération pour les grands-parents de leur obligation, car ils accueillent légalement le parent-mineur et son enfant à leur domicile⁵. Dans les faits, les grands-parents s'impliqueront quotidiennement dans la charge matérielle et éducative de leur petit-enfant, avec ou à la place du parent-mineur qui ne pourra véritablement s'y opposer tant qu'il sera lui-même sous leur autorité. Cette situation conduit à s'interroger une nouvelle fois sur l'importance d'éclaircir l'attribution des rôles dévolus à chacun, au risque dans le cas contraire d'entretenir une véritable confusion factuelle entre les grands-parents et les parents-mineurs dans leurs missions. La minorité est une période temporaire. Comment assurer aux mineurs leur rôle de parents une fois atteint l'âge adulte ? Il convient de quitter le droit civil et sa définition de l'organisation familiale centrée sur la filiation, pour évoquer une organisation susceptible d'envisager l'autonomie des mineurs dans leur fonction parentale, grâce notamment au droit social. Cela ouvre une possibilité théorique pour le parent-mineur de s'affranchir de cette interdépendance imposée par une vision purement civiliste de la famille.

¹ L'article L. 222-5 CASF envisage la possibilité pour les centres maternels gérés par les conseils départementaux d'accueillir une mineure soit enceinte, soit accompagnée de son enfant de moins de 3 ans. Cet accueil est conditionné à l'isolement de la mère ou, à une prise en charge antérieure par la justice ou l'administration qui autorisent son placement au sein de l'établissement ou plus exceptionnellement suite à une décision des titulaires de l'autorité parentale. En dehors de ces hypothèses, recueillir la mère et son enfant est constitutif de l'infraction de soustraction de mineur.

² P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, op. cit., p. 787, n° 1752.

³ Cass., civ. 1^{re}, 6 mars 1990, n° 89-14194, *Bull. civ.* I, n° 252 ; *Deffrénois* 1991, p. 289, obs. Massip ; CA Riom, 17 décembre 2002, *AJ. fam.* 2003, p. 383 ; T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, 1989, éd. CNRS, n°s 317 s. ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, « L'obligation alimentaire des grands-parents vis-à-vis de leurs petits-enfants », *RTD. civ.* 1991, p. 729 : Il suffit alors que les grands-parents aient la possibilité de payer des aliments et que les bénéficiaires soient dans le besoin ; CA Versailles, 29 septembre 1989, 1^{er} esp., D. 1992, p. 67, note T. Garé ; Ce qui peut aussi expliquer une certaine réticence du grand-parent paternel à accepter le rattachement juridique de l'enfant, dès lors que la charge matérielle risque de lui incomber.

⁴ Art. 209 et 210 C. civ.

⁵ Sur aspects fiscaux de l'obligation alimentaire des grands-parents : F. Douet, « Aspect fiscaux de la substitution des grands-parents aux parents », *AJ. fam.* 2008, p. 153.

2. L'organisation familiale par la charge effective de l'enfant

158. Dans une étude comparative réalisée en 2004 sur le phénomène des maternités des mineures¹, les auteurs ont mis en avant les effets sociaux économiques résultant de ce phénomène et les réponses pouvant être apportées grâce à un soutien économique à destination de ces parents-mineurs. En raison de la faiblesse de ses ressources personnelles, le parent-mineur peut bénéficier de prestations visant à lutter contre la dépendance, l'isolement social et la pauvreté. La volonté est ici de permettre à un parent en difficulté économique d'assumer tant bien que mal l'aspect patrimonial de ses obligations et *in fine* de garantir une certaine autonomie dans l'exercice de son autorité parentale². Sans entrer dans le détail des prestations auxquelles la situation des parents mineurs donnerait éventuellement droit, ce sont les conditions générales d'attribution de ces aides qui vont ici nous occuper.

159. Le droit social procède à une véritable redéfinition des rôles familiaux attribués par le droit civil, parce qu'il privilégie une approche pragmatique qui tient compte de la réalité des organisations familiales. Cela offre une capacité d'adaptation d'une législation confrontée à des situations factuelles pouvant se révéler complexes et non envisagée par le droit civil, comme dans le cas des familles recomposées³. Là où le Code civil se repose sur la notion de « parenté » avec l'exigence d'un lien de filiation, le droit social fait appel à la notion de « charge ». La charge renvoie au rôle factuel occupé par une personne dans l'entretien et l'éducation de l'enfant, indépendamment du lien de filiation. L'attribution des aides et des avantages fiscaux destinés à faciliter l'entretien de l'enfant repose d'une part sur « la charge de l'enfant »⁴ et d'autre part sur son lieu de vie⁵.

160. Pour ce qui est du « foyer », l'article R. 111-2 du Code de la sécurité sociale en donne une définition : il « s'entend du lieu où les personnes habitent normalement, c'est-à-dire du lieu de leur résidence habituelle ». Cette résidence se doit juste d'être localisée sur le territoire français. Concernant les parents-mineurs, la combinaison de l'obligation de cohabitation imposée par les articles 108-2 et 371-3 du Code civil fixe cette résidence habituelle du parent-mineur comme celle de son enfant chez

¹ A. Daguerre, C. Nativel, *Les maternités précoces dans les pays développés : problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, étude effectuée à la demande de la Caisse nationale d'Allocations familiales, février 2004, Dossier d'étude n° 53.

² UNICEF, « A League Table of Teenage Births in Rich nations », *Innocenti Report Card*, issue n° 3, Innocenti Research Centre, Florence, juillet 2001, p. 10 : « En pratique, le fait de devenir mère à 15 ans n'était pas obligatoirement signe d'exclusion sociale et de pauvreté dans les sociétés industrialisées des années 1950. Ce sont les transformations sociales, culturelles et démographiques des trente dernières années telles que le déclin de la fertilité, l'augmentation des naissances hors mariage et des cohabitations ainsi que le déclin de la famille mononucléaire traditionnelle qui permettent de comprendre pourquoi les maternités précoces sont associées à un ensemble de risques individuels comme l'isolement social et familial, le fait de quitter l'école plus tôt et d'élever seule un enfant en dépendant de l'aide sociale ».

³ Ex : M. Rebourg « La notion d'enfant à charge dans les familles recomposées », *RDSS* 1998, p. 402.

⁴ Cette notion de charge de l'enfant transparait implicitement des obligations et devoirs qui incombent au parent, tel que l'entretien, la cohabitation, l'exercice de l'autorité parentale, etc. ; v. sur ce point F. Monéger « Notion d'enfant à charge pour le versement des prestations familiales », *RDSS* 1999, p. 597.

⁵ L'article L. 512-1 du CSS énonce que toute personne résidant en France, pourra bénéficier pour les enfants dont il a la charge des prestations familiales.

ses parents (généralement maternels¹). Cette notion de foyer n'a pas pour seul objectif de déterminer si l'enfant relève ou non du système d'aide sociale français, mais aussi de permettre une définition de la « charge effective et permanente » de l'enfant. L'article R. 513-1 al 3 du Code de la sécurité sociale en est l'illustration. Il considère que la qualité d'allocataire des prestations familiales revient à « celui des membres du couple au foyer duquel vit l'enfant », lorsque les deux parents assument sa charge effective et permanente. Cet article illustre à quel point la situation des parents-mineurs n'est pas envisagée par le droit positif, car il ne fait référence qu'aux séparations résultant « de divorce, de séparation de droit ou de fait des époux ou de cessation de la vie commune des concubins [...] ». Le parent-mineur ne rentre dans aucune de ces configurations, faute de vie commune en raison de l'obligation fixant la résidence de l'enfant au domicile familial, auquel il reste soumis avec son enfant. Cette obligation fait en principe échec à toute vie de « couple » et donc à toute situation de concubinage entendue comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, qui vivent en couple »². Pour régler cette difficulté, il est utile d'opter pour une interprétation extrêmement souple des dispositions et accepter qu'il puisse y avoir séparation sans qu'il y ait eu au préalable une vie commune. Bien que la pratique entende de manière extensive ces notions, il est généralement fait référence au couple parental uni, qu'il s'agisse d'une union de droit ou de fait, ainsi qu'à leur désunion. Cette difficulté propre aux parents-mineurs n'est pas la seule, car il est également essentiel de déterminer les personnes susceptibles d'assumer la « charge effective et permanente » de leur enfant.

161. La notion de « charge de l'enfant » propose une organisation familiale plus souple en incluant des personnes autres que les parents. Cette notion fait appel à une prise en compte de la réalité matérielle des familles, accompagnée au besoin de conditions supplémentaires liées à l'âge de l'enfant³, à l'obligation scolaire ou encore aux ressources dont disposent les personnes qui assurent l'obligation parentale. Sur ce point, l'article L. 521-2 du Code de la sécurité sociale précise qu'il est nécessaire que cette « personne [...] assume, dans quelques conditions que ce soit, la charge effective et permanente⁴ de l'enfant. ». Pour les Caisses d'allocations familiales (CAF), cette notion de « charge » renvoie à l'entretien durable de l'enfant⁵. Cet entretien consiste, du point de vue des parents, à assumer les obligations légales résultant de leur filiation. Sur ce point, le droit civil et le droit social opère une véritable convergence. Ces visions divergent dès qu'un tiers prend personnellement part aux frais

¹ V. P. Germé, L. Richet-Mastain, étude *op. cit.* ; cette affirmation est écartée dans l'hypothèse d'un parent-mineur isolé ou celle dans laquelle le mineur aurait bénéficié d'une autorisation parentale de quitter le domicile familial ou dernier cas face à une décision administrative ou judiciaire fixant la résidence en un autre lieu.

² Art. 518-8 C. civ. ; *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « concubinage ».

³ F. Monéger, « Âge limite d'un enfant à charge pour le versement des allocations familiales », *RDSS* 1998, p. 171

⁴ Sur la permanence, v. circulaire CNAF, n° 7-99 du 5 février 1999 relative aux « Prestations familiales et assimilées-notion de charge d'enfant » (non publiée au JO) : « c'est-à-dire pour une durée au moins égale à neuf mois au cours d'une même année civile. »

⁵ I. Sayn, « Le critère de charge d'enfant, quels usages ? », *Revue des politiques sociales et familiales* 1997, pp. 51-64.

d'entretien en recueillant l'enfant à son domicile¹. Dans ce cas, le droit social recherche le débiteur « effectif » de cette charge quand bien même il s'agirait d'une personne autre que débiteur légalement désigné. L'objectif est de s'adapter à une réalité familiale qui ne repose plus exclusivement sur la filiation², mais éventuellement sur une situation de fait où un tiers se substitue au parent dans sa charge. En pratique, les Caisses d'allocations familiales ont pendant longtemps conditionné la preuve de cette charge à l'existence d'un lien juridique entre la personne et l'enfant par l'exercice de l'autorité parentale³. Ce faisant, les caisses réalisaient une convergence avec la vision de la famille telle que la conçoit le droit civil⁴, or cette pratique a conduit à leur condamnation devant les tribunaux. Cette sanction a forcé l'administration à réagir par le biais d'une circulaire du 5 février 1999⁵, rappelant que « la jurisprudence, permet désormais à la majorité des tiers ayant recueilli des enfants d'être considérés comme allocataires, puisque l'appréciation de la notion de charge se fonde essentiellement sur la prise en compte des situations de fait ». L'indifférence du lien entre l'enfant et la personne qui assume sa charge s'explique par une volonté de solidarité sociale avec elle, considérant qu'elle assume une obligation qui ne lui est pas légalement attribuée. Le droit social demeure cependant toujours sensible au lien juridique unissant la personne à l'enfant en lui accordant une présomption de charge. L'existence d'une obligation légale telle que l'autorité parentale et l'obligation d'entretien permet d'obtenir de plein droit l'attribution des aides financières liées à l'enfant. Les parents sont présumés avoir la « charge effective et permanente » des enfants auxquels ils sont rattachés. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 2 avril 2015⁶, apporte une précision selon laquelle la simple contribution financière ne suffit pas à considérer l'enfant à charge de la personne. Elle doit aussi assumer la direction matérielle et morale de l'enfant, ce qui implique que cette personne partage sa vie quotidienne pour assurer ces deux aspects de l'obligation d'entretien. La notion de charge revêt donc à la fois un volet financier alimentaire (même limité) ainsi qu'un volet éducatif et affectif⁷ qui peut se déduire de la vie commune. Le parent ou le tiers chez qui l'enfant réside de manière habituelle pourra être présumé comme étant la personne assumant sa charge effective et permanente. Face à des parents-mineurs, nous avons toutefois deux personnes susceptibles de supporter cette charge au quotidien. La première est le mineur auquel l'enfant est rattaché. Le parent-mineur réside de manière habituelle chez ses parents, qui peuvent donc venir le concurrencer

¹ V. aussi : l'article L. 552-6 CSS sur la tutelle aux prestations familiales dans sa version antérieure à la loi du 24 mars 2006, qui faisait explicitement référence aux conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène dans lesquelles étaient élevés les enfants donnant droit aux prestations familiales.

² A. Devers, « Prestations familiales », in *Dr. fam.*, *op. cit.*, n°s 412. 40 et s. ; F. Monéger, « Notion d'enfant à charge pour le versement des prestations familiales », *RDSS*, 1999, p. 597 ; du même auteur, « La relation de charge dans les prestations familiales », *RDSS*, 1994, p. 613 ; C. Bouvier Le Berre, « L'enfant à charge en droit social et fiscal après la réforme de l'autorité parentale du 4 mars 2002 », *RDSS*, 2003, p. 485 ; M. Rebours, « La notion d'enfant à charge dans les familles recomposées », *op. cit.*

³ I. Sayn, « Le critère de charge d'enfant, quels usages ? », *op. cit.*

⁴ V. sur la question : S. Bétant-Robet « La notion d'enfant à charge dans le droit des prestations familiales » *RDSS* 1991, p. 123 ; F. Monéger « Notion d'enfant à charge » *RDSS* 1992, p. 708.

⁵ Circulaire CNAF, n° 7-99 du 5 février 1999, *op. cit.*

⁶ CE 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 2 avril 2015, n° 367573, pub. *Lebon.*

⁷ Ex : CE 2 avril 2015 *op. cit.*, et Cass., civ., 27 octobre 1971, *D.* 1972, p. 45.

dans cette prise en charge¹. À cela s'ajoute le fait que la qualité d'allocataire² ne peut être cumulée avec la qualité d'enfant à charge conformément à l'article L. 512-1 du Code de sécurité sociale³. Ce qui fait de l'attribution des aides familiales un véritable enjeu entre le parent-mineur et son parent, l'un perdant obligatoirement son statut d'allocataire au profit de l'autre. Considérer l'enfant du mineur comme étant à la charge de ses grands-parents présente un certain avantage, car il bénéficiera de la qualité d'ayant droit, ce qui lui ouvre le bénéfice des prestations en nature de l'assurance maladie et contribue à assurer la protection de sa santé⁴.

162. Si le parent-mineur bénéficie d'une présomption de charge via son statut de parent, cette présomption n'est pas irréfragable. Ses parents peuvent lui contester cette attribution en apportant la preuve que la charge effective de l'enfant leur incombe et devenir allocataires de leur petit-enfant en lieu et place du parent-mineur. Cette preuve est facilitée par la communauté de vie au domicile familial⁵. Pour que les parents au domicile desquels le parent-mineur réside avec son enfant deviennent les véritables allocataires des prestations familiales auxquelles l'enfant du mineur ouvre droit⁶, il leur incombe de démontrer que l'enfant n'entretient plus de liens affectifs et éducatifs suffisants avec ses parents⁷. Si la cohabitation contribue à maintenir une confusion entre le rôle attribué aux parents-mineurs et à leurs parents, elle n'est pas suffisante pour démontrer un transfert de la charge de l'enfant sur les grands-parents dès que le parent-mineur continue de s'impliquer dans la vie et l'éducation de son enfant. En reconnaissant aux parents-mineurs l'exercice autonome de leur droit de filiation, ne devrait-on pas favoriser cette autonomie dans le statut parental qui en résulte ? Cette autonomie implique des ressources propres et suffisantes qui dans le cas des parents-mineurs peuvent, à défaut d'emploi, s'obtenir par l'attribution des allocations familiales auxquelles l'enfant ouvre droit.

163. L'obligation d'entretien et la charge effective de l'enfant permettent une certaine liberté dans l'organisation intrafamiliale. Consacrer la vision sociale au détriment de la vision civile de la famille, conduit à porter une atteinte excessive aux droits reconnus à l'enfant d'être élevé par ses parents. Le

¹ Art. 108-2 et 371-3 C. civ. ; A. Devers, « Un droit des grands-parents aux prestations familiales ? », *AJ. fam.* 2008, p. 154.

² R. 513-1 al. 1 CSS.

³ Loi n° 95-116 du 4 février 1995 « portant diverses dispositions d'ordre social », *JO*, 5 février 1995, p. 1992 ; F. Monéger, « Interdiction de cumuler la qualité d'enfant à charge et celle d'allocataire pour le versement de prestation familiale », *RDSS* 1995, p. 375.

⁴ A. Devers, « Un droit des grands-parents aux prestations familiales ? », *op. cit.*

⁵ A. Gouttenoire, « Le logement de l'enfant » *op. cit.* : « Le logement de l'enfant fait d'ailleurs partie des charges relevant de l'obligation d'entretien des parents ».

⁶ A. Devers, « Un droit des grands-parents aux prestations familiales ? », *op. cit.* : « Les grands-parents peuvent se substituer aux parents lorsque ces derniers se soustraient à leurs responsabilités ou sont dans l'incapacité de les assumer notamment du fait d'une incarcération, d'une hospitalisation de très longue durée ou d'une impécuniosité. Pour obtenir la qualité d'allocataire, il leur appartient d'établir qu'est intervenu un changement dans la charge de l'enfant qui exclut le maintien de liens affectifs et éducatifs avec les parents. ». Ainsi que, CE, 11 juillet 1988, Commune d'Albi c/ Malaterre, n° 70991 ; sur le volet fiscal, v. F. Douet « Aspects fiscaux de la substitution des grands-parents aux parents », *AJ. fam.* 2008, p. 153 : « un contribuable peut compter un enfant comme enfant recueilli à partir du moment où il assure effectivement et exclusivement les besoins matériels de cet enfant, et ce, même si la mère de l'enfant exerce l'autorité parentale sur celui-ci et ne s'est pas désintéressée de son éducation » ainsi que : CE, 8^{ème} et 9^{ème} sous-sect., 7 janvier 2000, req. n° 203069, *Dr. fisc.* 2000, n° 10, comm. p. 179, concl. G. Bachelier ; *RJF* 2000, n° 145, concl. G. Bachelier ; *BDV*. 2000, n° 14.

⁷ A. Devers, *op. cit.*

transfert de la charge doit demeurer conditionné à l'absence d'implication du parent dans la vie de son enfant. Cette situation peut se retrouver lorsque le parent-mineur quitte le domicile familial en laissant son enfant à la charge de ses parents, en sachant que ce départ peut avoir été provoqué par ces derniers. Les exceptions à l'organisation civile de la famille sont conditionnées aux difficultés des parents à assumer pleinement leur rôle¹ et font écho aux dispositions organisant la substitution du parent par un tiers assurant la prise en charge quotidienne de l'enfant dans le cadre de la protection de l'enfance². Le maintien de l'attribution des aides aux parents-mineurs malgré la charge incombant dans les faits à leurs parents apparaît essentiel. Ces aides permettent aux parents-mineurs d'assumer leurs obligations parentales en leur accordant les capacités financières qui leur font défaut et évitent une déresponsabilisation du parent-mineur, voire une confiscation de ce rôle par ses parents. Le maintien du versement entre les mains du parent-mineur représente en théorie peu de risques, car il s'agit de sommes affectées au bien-être de l'enfant et non à l'usage personnel du parent qui ne peut en disposer librement³ et servent à couvrir, en priorité, des dépenses courantes nécessaires au bon fonctionnement du ménage. Le statut d'allocataire présente une vertu pédagogique forte pour ces parents-mineurs car il permet de se familiariser avec la gestion d'un budget familial, qu'ils seront tôt ou tard amenés à administrer⁴. De plus, leurs parents peuvent exercer un contrôle sur cette gestion via l'autorité parentale qu'ils exercent sur le parent-mineur allocataire. L'attribution de ces allocations au parent-mineur soulage l'obligation de solidarité familiale et offre une première réponse aux difficultés économiques de ces parents. Ce choix revêt également une portée symbolique car le statut d'allocataire conforte le mineur dans son rôle de parent, et facilite son autonomie dans l'exercice de son autorité parentale.

§ 2 : Le parent-mineur titulaire de l'autorité parentale

164. L'affiliation juridique de l'enfant à ses parents conduit non seulement à l'attribution de l'obligation d'entretien, mais aussi à l'autorité parentale. Cette autorité est l'outil qui permet à la fois de faciliter l'exécution des obligations mises à la charge des parents⁵, mais également d'assurer la protection de l'enfant durant sa minorité. La naissance d'un enfant et l'acquisition du statut de parent ne mettent pas fin à l'autorité parentale sur le parent-mineur, or celui « qui a autorité sur l'enfant a aussi autorité sur les enfants de l'enfant et sur les enfants des enfants. Car celui qui a autorité sur la personne de

¹ Art. 7 CIDE.

² Sur l'articulation de l'autorité parentale avec les mesures éducatives impliquant un tiers de confiance, v. *infra* n°s 507 s.

³ Sur les mesures d'aide et d'accompagnement des parents à la gestion du budget familial, v. *infra* n°s 484 s.

⁴ Il convient également de se demander si la perte du statut d'allocataire du parent-mineur entraîne également la perte de la qualité de parent isolé permettant l'attribution du Revenu de solidarité active (art. L. 262-4 CASF). Encore faut-il que le parent-mineur soit véritablement isolé en élevant seul l'enfant, cependant ne puisse bénéficier du soutien de ses parents.

⁵ Ce lien entre l'obligation d'entretien et d'éducation, et l'autorité parentale existait déjà du temps de la puissance paternelle. Ex. : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français, op. cit.*, p. 533, n° 689 : « La puissance paternelle peut être définie [comme] l'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants, tant qu'ils sont mineurs et non émancipés, pour faciliter l'accomplissement des devoirs d'entretien et d'éducation dont ils sont tenus »

quelqu'un a autorité sur tout ce qui est à celui-ci, sans quoi l'autorité ne serait qu'un titre sans effet »¹. L'attribution de cet outil juridique ne se fait aujourd'hui qu'en considération de la filiation et du statut juridique de parent (père ou mère) (A). Un parent-mineur bénéficiera de l'attribution de l'autorité parentale sur l'enfant qui lui est juridiquement rattaché, sans que cette autorité puisse revenir à ses parents (B).

A- L'autorité parentale attribut de la filiation

165. Il n'existe pas dans le Code civil de section consacrée explicitement à l'attribution de l'autorité parentale. Cette dernière se déduit des articles qui l'organisent dans sa généralité, tant à l'égard de la gouvernance de la personne de l'enfant que de la gestion de son patrimoine. La question de la titularité de l'autorité n'est que rarement envisagée par la loi et la doctrine qui préfère se concentrer sur son exercice², or elle entraîne de nombreuses difficultés lorsque le parent bénéficie d'un régime de protection en raison de sa vulnérabilité. L'incapacité personnelle du parent-mineur et sa dépendance à son parent génèrent une certaine méfiance lorsqu'il s'agit de lui confier la vie d'un autre individu tout aussi vulnérable. L'attribution de l'autorité parentale ne se fonde ni sur l'âge ni sur la capacité juridique du parent (1). Seul le parent-mineur est titulaire des droits parentaux sur l'enfant qui lui est rattaché (2).

1. L'indifférence de l'âge des titulaires de l'autorité parentale

166. Le lien existant entre l'obligation d'entretien et l'autorité parentale résulte de l'article 371-1 du Code civil. Le législateur a souhaité délimiter l'autorité via l'énumération de ses objectifs qui peuvent être regroupés en deux catégories de droits et obligations, à savoir d'une part la protection de l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité » et d'autre part la concrétisation de l'obligation d'entretien par le parent qui doit veiller à l'« éducation [de son enfant] et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». Comme l'attribution de l'obligation d'entretien, l'attribution de l'autorité parentale revient de droit aux père et mère de l'enfant, dès qu'ils sont rattachés juridiquement à l'enfant. Cette attribution se déroule en deux temps avec l'article 371-1 alinéa 2 du Code civil qui attribue l'autorité sur la personne de l'enfant et considère qu'elle « appartient aux parents »³, puis concernant le volet patrimonial, par l'article 382 de ce même Code qui observe une logique similaire en rappelant que l'administration légale appartient également aux parents⁴. L'autorité parentale dans tous ses aspects, extrapatrimoniaux comme patrimoniaux, revient par principe aux père et mère en vertu de cette seule qualité. La législation française lie l'attribution de ce droit au seul statut de parent sans qu'il soit

¹ T. Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, traduction par G. Mairet, éd. Gallimard, coll. Folio essais, 2000, « De l'autorité paternelle », n° 20, p. 326.

² A Bénabent, *Droit de la famille*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2018, n° 635.

³ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 qui est venue substituer le terme parent à la référence faite aux père et mère. C. Neirinck « Enfance » *op. cit.*, n°s 194 s. ; A Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, n°s 22 et s.

⁴ Art. 382 C. civ.

conditionné par un âge plancher. Ce lien entre le statut de parent et l'attribution de l'autorité n'existe pas dans toutes les législations, par exemple celle de la Suisse qui la conditionne à la majorité civile des parents¹.

167. La nature de l'autorité parentale au sens le plus large est un droit attribué exclusivement aux parents de l'enfant. Cette analyse traditionnelle trouve son origine dans les travaux préparatoires du Code civil, alors même que l'autorité parentale était encore une « puissance paternelle ». Monsieur Albisson, rapporteur auprès du corps législatif sur cette question, déclarait qu'elle est « un moyen de remplir dans toute son étendue un devoir indispensable et sacré »², devoir qui incombe au parent de l'enfant en raison de son obligation d'entretien. Dès son origine, le Code a établi un lien entre l'attribution de cette puissance devenue « autorité » avec la charge légale de l'obligation d'entretien en lien avec une filiation directe et l'a conservé. Les règles juridiques d'attribution des droits et obligations parentaux ont suivi une seule et même logique, à savoir celle de la parenté et de la filiation, ce qu'un auteur désigne comme étant le « lien parental »³. Le parent-mineur est donc seul titulaire de l'autorité parentale sur l'enfant à l'égard duquel il est rattaché. La mère mineure se voit attribuer ses droits dès l'accouchement et le père-mineur à compter de la reconnaissance ou de l'action en recherche de paternité⁴.

2. Le parent-mineur titulaire exclusif de l'autorité parentale

168. Il est intéressant de faire ici un rapide rappel de la dévolution de la puissance paternelle, car les femmes étaient jusqu'en 1938⁵ soumises à un régime d'incapacité totale qui les plaçait dans un état de minorité perpétuelle. De leur naissance à leur mariage, elles étaient placées sous la puissance paternelle de leur chef de famille, puis une fois mariées sous la puissance maritale de leur époux. Cette incapacité légale d'exercice et leur immaturité supposée, ne faisaient pourtant pas obstacle à ce qu'elles soient, au même titre que leur mari, titulaires de la puissance paternelle. Une femme mineure ou non pouvait, elle aussi, se voir attribuer cette puissance malgré son état d'incapacité, le qualificatif « paternelle » de la puissance n'étant en réalité qu'une indication concernant l'attribution de son exercice et ne présageait en rien de son attribution. Seul l'exercice de la puissance revenait de droit au chef de famille, dont le

¹ Art. 296 alinéa 3 du Code civil suisse qui dispose que « les parents mineurs [...] n'ont pas l'autorité parentale. Celle-ci revient aux parents lorsqu'ils deviennent majeurs. ».

² M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t.1, Les personnes*, par R. Savatier, 1925, LGDJ, n° 299 ; J. Dabin, « Le contrôle de la puissance paternelle », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, 1947, Dalloz, pp. 408 s., cité par A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, n° 22.

³ M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, LGDJ, éd. Panthéon Assas 2003, spéc. p. 20.

⁴ V. *supra* nos 132 s.

⁵ Loi du 18 Février 1938, portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité des femmes mariées, JO 19 février 1938 p. 2058.

rôle incombait à l'époux¹. Ce n'était que dans le cas où le père n'était plus apte à assumer ce rôle que l'exercice de ce droit revenait à son dernier titulaire vivant. L'épouse devenait juridiquement, en tant que mère, le nouveau chef de famille et se voyait reconnaître légalement l'aptitude d'exercer la puissance paternelle à l'égard de la personne de son enfant². En dépit d'une incapacité juridique et de l'imaturité présumée dont les femmes faisaient l'objet tout au long de leur vie, le droit n'en a pas déduit un obstacle de nature à les priver de l'attribution des droits résultant de la filiation. Ce raisonnement demeure encore valable aujourd'hui, à plus forte raison, lorsque cette présomption d'imaturité et d'incapacité personnelle du parent n'existe que le temps de la minorité. Il n'y a aujourd'hui pas plus d'obstacles juridique à l'attribution de l'autorité parentale aux mineurs qu'à l'époque de la puissance paternelle qui voyait dans la mère une alternative à la défaillance du père. Il est possible de conclure que seuls les père et mère sont les titulaires des droits parentaux, quelle que soit leur situation personnelle. L'attribution de ces droits aux parents des parents-mineurs est à exclure, faute d'un lien de filiation direct avec l'enfant qui permettrait de leur attribuer le statut de père ou de mère.

169. Il existe une situation où des grands-parents peuvent devenir titulaires de l'autorité, mais cela passe obligatoirement par l'adoption de leur petit-enfant. Dans ce cas spécifique, ils ne seront pas légalement considérés comme les grands-parents, mais comme les parents adoptifs, car l'adoption permet la création d'un lien de filiation direct. Cette situation intervient lorsqu'aucune filiation n'est établie à l'égard des parents biologiques. Dans le cas de l'accouchement sous X en l'absence d'une filiation paternelle, les grands-parents peuvent demander l'adoption de l'enfant. Dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 26 janvier 2011³, cette situation est conditionnée à l'identification préalable de l'enfant, autrement dit s'ils peuvent déterminer la date et le lieu de l'accouchement. En pratique, cette éventualité se présente rarement compte tenu des obstacles que dresse l'anonymat de la mère, mais ces difficultés peuvent être contournées lorsque le secret de l'accouchement n'est pas totalement respecté, comme ce fut le cas dans les faits exposés dans l'arrêt.

170. En dehors de cette éventualité, le principe veut que par leur lien de filiation, les parents deviennent automatiquement titulaires de l'autorité parentale, à l'exclusion de toute autre personne.

¹ T. Hobbes avance une explication intéressante sur cette attribution au mari du droit sur les enfants du couple qu'il qualifiait d'« autorité paternelle » : « Dieu ayant voulu que l'homme soit secondé. Il y a toujours deux parents égaux ; l'autorité sur l'enfant devrait revenir également aux deux, et l'enfant serait également soumis aux deux, ce qui est impossible puisque nul ne peut obéir à deux maîtres [sur ce point la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale lui a donné tort]. Et, bien que certains aient attribué l'autorité à l'homme seulement, car il est plus excellent sexe, ils ont mal raisonné là-dessus [Hobbes fait ici preuve d'une très grande modernité]. Il n'y a pas toujours, en effet, assez de différence de force ou de prudence entre l'homme et la femme que le droit [au sens naturel] ne puisse être déterminé sans guerre. Dans les États, ce litige est tranché par la loi civile et dans la plupart des cas (mais pas toujours), la sentence est favorable aux pères parce que, dans la plupart des cas, les États ont été établis par les pères et non les mères de familles. » : T. Hobbes, *Léviathan*, *op. cit.*, n° 20, pp. 324-325.

² Art. 141 C. civ. 1804, étendu par la loi du 23 juillet 1942 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, 11^{ème} éd., 1947, p. 552, nos 718 s.

³ CA Angers, 1^{ère} ch. B, 26 janvier 2011, n° 10/01339, *op. cit.* ; bien qu'ici ce n'est pas une adoption qui est ordonnée, seulement une tutelle. En l'espèce les grands-parents ne seront pas titulaires de l'autorité, ils n'en auront qu'un exercice partiel secondé par un conseil de famille.

Cette dévolution est constante depuis 1804¹. Dès la codification de la puissance paternelle², le législateur a souhaité rompre avec la *patria potesta* romaine. Le droit romain prévoyait que le *pater*³ pourrait exercer toute sa vie durant, sur tous ses descendants, quel que soit leur âge, un pouvoir quasi absolu sur leur existence. La personnalité juridique de ses enfants et petits-enfants était entièrement absorbée dans la sienne. Le système de dévolution de la *potesta* romaine ne concernait pas obligatoirement le père de l'enfant mais le dernier représentant masculin de la lignée familiale. Cette organisation impliquait que tant qu'un aïeul était toujours en vie, la puissance et son exercice lui revenaient de droit sur toute sa descendance. Avec la création du Code civil, les ascendants n'ont plus vocation à exercer les droits parentaux au-delà de leurs propres enfants. Le droit a conservé à leur égard une place subsidiaire en renfort du parent⁴, en leur donnant la possibilité de venir pallier les éventuelles défaillances rencontrées dans leur mission d'entretien⁵ ou de protection⁶.

171. Une partie de la doctrine se garde d'y voir la survivance d'une « ombre d'autorité parentale »⁷ dont les grands-parents seraient encore titulaires. Bien que ces derniers disposent de certains droits et obligations à l'égard de leurs petits-enfants, ceux-ci sont strictement délimités par la loi à des domaines définis de manière restrictive⁸. Cette idée est renforcée par le constat selon lequel les grands-parents ne disposent en principe d'aucun pouvoir de contrôle direct sur la manière dont le parent fait usage de son autorité. Elle demeure l'affaire exclusive des père et mère qui déterminent l'organisation de leur foyer familial. Lorsqu'un mineur non émancipé devient parent, l'enfant est automatiquement placé sous son autorité et non sous celle que ses grands-parents maternels ou paternels continuent d'exercer sur le parent. Le maintien de l'autorité parentale sur les parents-mineurs ne peut s'étendre à leurs enfants. Contrairement à l'affirmation de T. Hobbes, celui qui a autorité sur l'enfant n'a donc pas vocation à avoir autorité sur les enfants de cet enfant.

172. Comme en matière d'entretien, l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale peut également être détachée de son titulaire. Cette possibilité s'explique en raison de la dépendance physique et morale dans laquelle se trouve l'enfant à l'égard de la personne chargée de l'élever. L'enfant mineur, personne

¹ Une rupture avait déjà été consommée dès l'ancien droit dans les pays de droit écrit, mais aussi dans ceux de droit coutumier, v. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, *op. cit.*, p. 535, n° 692.

² *Ibid.*, p. 533, nos 689 et s.

³ L'homme en tant que chef de famille.

⁴ Ex. : T. Garé, « Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant », in *Mélanges Huet-Weiller*, 1994, LGDJ, p. 181 ; H. Bosse-Platière, « La présence des grands-parents dans le contentieux familial », *JCP* 1997, I, p.4030 ; C. Lienhard, « Position procédurale des grands-parents lors de la séparation des parents », *AJ. fam.* 2002, p. 88 ; N. Rexand-Pourias, « Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale », *JCP* 2003, I, p. 100 ; A. Gouttenoire, P. Bonfils, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, nos 518, 522, 672, 886, 900 et 952.

⁵ T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, thèse dactyl, Lyon 3, 1988.

⁶ Ex. : art. 378-1 al. 3 C. civ. Cette disposition reconnaît aux membres de la famille, la possibilité de saisir le tribunal de grande instance afin d'obtenir le retrait total de l'autorité parentale d'un parent qui se trouverait dans l'une des situations prévues par l'article. Ou encore, l'article 399 de ce même Code qui confirme leur vocation à composer le conseil de famille en cas de tutelle sur l'enfant.

⁷ M. De Juglart, « Les droits de puissance paternelle des ascendants », *Rev. crit. législ. et jur.*, 1938, p. 420.

⁸ V. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.* p. 345, n° 546.

vulnérable et dépendante par excellence, ne peut demeurer sans protection face à un parent qui néglige sa fonction en n'assurant pas son entretien ou son éducation. Bien qu'en principe aucune renonciation ou cession portant sur l'autorité parentale du titulaire ne soit légalement valable¹, il existe un certain nombre d'exceptions légales à ce principe visant à assurer la continuité de la protection due à l'enfant.

B- L'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à ses titulaires

173. La minorité du parent pose la question de sa capacité personnelle à exercer ses droits. L'exercice de ses droits est limité durant sa minorité, son parent ayant vocation à décider pour lui et à le représenter dans tous les actes de la vie courante. Ce constat conduit une nouvelle fois à évoquer l'éventuelle superposition des autorités parentales en faveur de celle exercée par les parents du parent-mineur. Il s'avère que ce droit, parce qu'il résulte de la filiation, revêt un caractère éminemment personnel. Son exercice revient en principe à ses titulaires (1), quelle que soit leur situation juridique personnelle (2).

1. L'attribution de l'exercice de l'autorité parentale aux parents-mineurs

174. La loi du 4 juin 1970² a rompu avec l'exercice unilatéral de la puissance paternelle par le chef de famille en instaurant une autorité parentale fondée sur un exercice bilatéral. La loi du 4 mars 2002³ a renforcé cette volonté de coparentalité par l'article 372 du Code civil qui énonce que les père et mère exercent en commun l'autorité parentale sur leur enfant. Cet article met en évidence le lien qui unit la filiation à l'autorité parentale dont l'exercice suit l'attribution⁴. L'article 373-2 de ce même Code renforce la volonté d'une autorité exercée par un couple parental où la séparation des parents est sans incidence sur son fonctionnement juridique. La coparentalité est présentée comme une modalité d'exercice de ce droit, permettant d'appréhender l'exercice en lui-même, car les deux parents sont désignés pour l'exercer du simple fait de leur filiation avec l'enfant par leur statut de parent. Ce principe a été consacré indirectement au niveau international par la Convention internationale des Droits de l'Enfant qui reconnaît à l'enfant le droit d'être élevé et éduqué par ses parents⁵. La confiance accordée aux parents pour l'exercice de l'autorité parentale trouve son fondement et sa justification dans la présomption selon laquelle ils sont les protecteurs naturels de l'enfant. Le lien affectif qui les unit confère à l'action parentale une présomption de conformité avec l'intérêt de l'enfant, facilitant sa

¹ Art. 376 C. civ.

² Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

³ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* 5 mars 2002, texte n° 3 ; v. F. Boulanger, « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002, p. 1571 ; T. Fossier « L'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés quarante mois après la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.*, juillet 2005, étude 15.

⁴ Cependant il est important que le père ou la mère ait établi sa filiation à l'égard de l'enfant dans l'année suivant sa naissance. En dehors de cette hypothèse, le parent bien que titulaire de l'autorité ne bénéficie pas de l'attribution automatique de son exercice. Pour se voir reconnaître l'exercice de l'autorité, il devra procéder à une déclaration conjointe avec le second parent ou en cas de désaccord solliciter une décision de justice et saisir le JAF, or cela pose la question de la représentation de ce parent-mineur dans le cadre d'une action liée à l'exercice de son autorité parentale v. *infra* nos 156 s.).

⁵ Art. 5, 7al. 1 et 8 CIDE.

protection au quotidien requis pour son épanouissement¹. Si les parents sont bien les seuls titulaires désignés de l'autorité parentale et en principe, les seuls à exercer ce droit, cette présomption peut être renversée dans les cas prévus par la loi². Aucune de ces exceptions ne se réfère directement à la minorité du parent pour en confier l'exercice exclusif à l'autre parent ou déléguer ses droits sur l'enfant à une personne, de préférence majeure³. En l'absence de texte spécifique, il convient d'envisager les réponses proposées par le droit commun.

175. Le premier constat est que l'accès au statut de parent n'entraîne pas l'émancipation automatique du parent-mineur. Il demeure soumis à l'autorité parentale de ses parents, il continue donc de bénéficier d'une présomption générale d'incapacité qui le prive de l'exercice personnel de ses droits au sein desquels se trouve théoriquement l'autorité parentale sur son propre enfant. Les règles d'attribution de l'autorité entrent directement en conflit avec celles de son fonctionnement qui repose pour partie sur une représentation de l'enfant par son parent. Face à cette problématique, la possibilité de détacher l'exercice du droit de sa titularité pourrait tenter. Cette possibilité permet de voir les parents du parent-mineur comme de potentiels représentants de leur enfant dans son rôle de parent. Cette solution n'est cependant pas juridiquement viable, car l'autorité parentale revêt une nature particulière en raison du lien qu'elle entretient avec la filiation⁴ et pour laquelle le parent-mineur bénéficie d'une véritable sphère d'autonomie juridique. Autonomie dont l'objectif est de lui permettre de décider et d'assumer ses propres choix. L'effectivité de cette autonomie passe par l'exclusion de l'autorité et, au besoin, de la représentation légale des parents. Est-il plus cohérent d'offrir la possibilité d'exercer personnellement des droits dont l'aboutissement conduit à accéder au statut de parent pour finalement le priver au dernier moment de l'outil permettant d'exercer son rôle ? À cette question, le droit espagnol répond, dans son Code civil, par un article traitant de l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à un parent-mineur. L'article 157 du Code civil espagnol a reconnu dès 1983 aux parents-mineurs l'exercice de l'autorité parentale sur leurs enfants, bien que non émancipés, avec au besoin une assistance de leur parent et, à défaut, celle de leur tuteur et en cas de désaccord ou d'impossibilité, avec l'assistance du juge⁵. Le Luxembourg a, pour sa part, choisi de confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale au parent majeur lorsque le couple est composé d'un majeur et d'un mineur. Dans le cas contraire, l'enfant

¹ P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, p. 341, n°s 337 et s.

² Pour une vision critique des règles encadrant l'attribution de l'autorité parentale : F. Boulanger, « Faut-il revoir les règles d'attribution de l'autorité parentale ? », *D.* 1999, p. 233.

³ Ce silence peut s'expliquer car la solution à ce problème était apportée par le mariage des jeunes parents. Le mariage permettait de légitimer l'enfant et d'émanciper le parent, v. sur l'émancipation légale *infra* n°s 690 s. Aujourd'hui le mariage n'est plus comme le socle familial, il s'est progressivement réorganisé autour de l'enfant qui légitime le couple parental. Dès lors, l'émancipation des mineurs par le mariage pour légitimer l'enfant ne semble plus socialement nécessaire. Ce qui crée la difficulté juridique autour de ces parents-mineurs.

⁴ A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2019, n° 621.

⁵ Art. 157 Código Civil : « El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor ; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez. » issue de la loi 13/1983, du 24 octobre 1983 réformant le Code civil en matière de tutelle. *BO (esp.)*, n° 256, p. 28932. (Le mineur non émancipé exerce l'autorité parentale sur ses enfants avec l'assistance de ses parents ou, le cas échéant, de son tuteur, en cas de désaccord ou d'impossibilité pour eux, avec celle du juge).

est placé sous tutelle, le tuteur se substitue au parent-mineur jusqu'à la levée de son incapacité civile d'exercice générale¹ par sa majorité ou son émancipation. La minorité selon le droit luxembourgeois prive le parent de l'exercice de son autorité, le statut de mineur étant ici privilégié à celui de parent². Ces deux pays ont pour point commun de baser leur législation sur le Code civil napoléonien et sont pourtant arrivés sur cette question à des solutions fondamentalement opposées, auxquelles s'ajoute la vision française qui s'est élaborée dans le silence conservé par la loi.

2. *L'attribution de l'exercice de l'autorité parentale aux parents-mineurs*

176. En l'absence de textes spécifiques en droit français, toutes les théories semblent à première vue permises. Pourtant, si le droit n'envisage pas directement l'exercice de l'autorité parentale par un parent-mineur, des dispositions offrent des indications permettant d'élaborer une réponse juridique à cette situation. L'article 328 de Code civil reconnaît « au parent même mineur » la possibilité d'intenter une action en recherche de filiation au nom de leur enfant. Ce principe laisse présumer que le parent-mineur peut légalement représenter l'enfant dans une procédure qui le concerne, comme titulaire de l'autorité parentale³. L'article 458 de ce Code civil énonce que les actes juridiques réalisés par un parent majeur vulnérable dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de son enfant ont une nature « strictement personnelle »⁴. Cette nature s'oppose à ce que l'acte soit réalisé par le biais d'une représentation juridique ou même d'une simple assistance. En l'absence de décision de justice contraire, seul le parent est autorisé à décider et à réaliser les actes évoqués. Même incapable, tout individu jouit d'une sphère de capacité propre. En raison de leur domaine spécifique, ces dispositions ne permettent pas à elles seules d'apporter une réponse globale et définitive à l'exercice de l'autorité parentale par un parent-mineur.

177. Devant cette difficulté de texte, c'est par jurisprudence qu'il a été tenté de démêler ce paradoxe. Un premier arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble le 11 janvier 2005⁵ a considéré que « l'immaturation du père n'est pas une cause grave de privation de l'autorité parentale et il y a donc lieu de réformer l'ordonnance du premier juge qui a décidé que la mère exercerait seule l'autorité parentale sur les enfants naturels ». Bien que le père fût en l'espèce majeur, sa situation peut être assimilée à celle d'un

¹ Art. 377 combiné à l'Art. 376 du Code Civil luxembourgeois ; F. Dekeuwer-Défossez, « II L'Art. de l'esquive, A- Le parent-mineur », in *Droit des enfants, chronique d'actualité législative et jurisprudentielle* n° 9, *LP4*, 12 août 2013, n° 160, p. 3 ; v. les informations disponibles sur le site droits et devoirs du Luxembourg (Service National de la Jeunesse et Centre de Médiation) : <https://droitsetdevoirs.lu/fr/contenu/le-jeune-et-ses-parents/autorite-parentale-et-sa-delegation/definition/exercice-de-l'autorite>, point n° 6, [consulté le 1^{er} octobre 2019].

² V. *infra* n° 580.

³ V. *infra* n° 366.

⁴ Ces actes sont « rebelles à toute immixtion d'un tiers, de sorte qu'il vaut mieux, soit les laisser faire par le sujet concerné, soit y renoncer, plutôt que de les faire faire ou même seulement contrôler par un autre sujet » : S. Bernheim-Desvaux, « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF*, avril 2010, pp. 8 s. ; sur la difficulté de délimiter ces actes, É. Mallet, « Actes à consentement strictement personnel et majeur protégé », *Dr. fam.* 2014, étude n° 4 ; P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.* 2009, étude n° 17, spéc. n° 18.

⁵ CA Grenoble 11 janvier 2005, *Juris-Data* n° 2005-265882.

mineur. L'arrêt se réfère au rapport d'enquête sociale qui le décrit comme « un peu immature, étant toujours pris en charge par sa mère et ses sœurs avec lesquelles il vit ». La Cour a estimé que « le rétablissement d'un exercice en commun [de l'autorité parentale] pourra permettre au père de s'impliquer personnellement davantage dans la vie des enfants et de nouer avec eux des relations parentales normales ». Si cette solution présente l'avantage d'écarter l'immatunité comme cause de dissociation entre exercice de l'autorité et titularité du droit, elle ne dit rien sur la capacité à exercer le droit lui-même en raison de la majorité du père concerné par la décision.

178. Il faudra attendre un arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 4 juillet 2012¹ pour que soit envisagé l'exercice de l'autorité parentale par un parent-mineur. En l'espèce, il s'agissait d'une adolescente de 16 ans² retrouvée en gare de Dijon après avoir été abandonnée par son oncle avec qui elle était arrivée en France le 13 mai 2011. La jeune fille avait fait l'objet d'une première ordonnance de placement³ et avait été admise aux urgences de l'hôpital pour des douleurs abdominales. Les examens ont révélé une grossesse de huit semaines. Le 23 mai 2011, elle est accueillie chez une assistante familiale de l'Association beunoise de la protection de l'enfance (ABPE) et le 20 décembre 2011, la mineure donne naissance à une fille. L'ABPE sollicite la désignation d'un administrateur *ad hoc* chargé d'exercer l'autorité parentale sur cet enfant. Une nouvelle ordonnance est prise le 31 janvier 2012 dans laquelle le juge aux affaires familiales désigne le président du Conseil général de la Côte d'Or en qualité d'administrateur *ad hoc* aux fins d'exercer les pouvoirs de l'autorité parentale sur l'enfant jusqu'à la majorité de sa mère. Le juge motive sa décision en considérant que cette solution est conforme à l'intérêt de l'enfant comme à celui de la mère. Le 17 février 2012, le président du conseil Général interjette appel, car il estime que sa désignation en tant qu'administrateur *ad hoc* ne reposait sur aucun véritable fondement juridique. Les juges ont été confrontés à la question de savoir si l'âge du parent peut constituer un obstacle à l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale. L'ordonnance est infirmée⁴, car elle procédait sans le dire à une délégation forcée de l'intégralité de l'autorité parentale de la mère à un administrateur *ad hoc* durant toute sa minorité. Si le dispositif de cette solution emporte notre adhésion, il n'en va pas de même de sa motivation. Les juges ont effectivement écarté la représentation *ad hoc* de l'article 389-3 du Code civil ayant vocation à s'appliquer pour surmonter l'inaction de l'administrateur légal chargé de représenter le mineur dans les actes de la vie civile, à condition qu'elle trouve son origine dans un conflit d'intérêts avec l'enfant. Il est important de démontrer que le parent privilégie son intérêt au détriment de son enfant et de renverser la présomption légale associée à son

¹ CA Dijon, ch. civ. C, 4 juillet 2012, Président Du Conseil Général De La Côte d'Or c/ l'Association Beaunoise de Protection de l'Enfance, n° 12/00315, *Juris-Data* n° 2012-019105 ; *Dr. fam.* 2012, comm. p. 169, obs. C. Neirinck ; *D.* 2013, p. 2073, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *RTD. civ.* 2013, p. 818, note J. Hauser ; *LPF* 12 août 2013, n° 160, p. 3, note. F. Dekeuwer-Défossez.

² Une mère décédée et un père porté disparu, kidnappé dans son pays d'origine.

³ Un jugement du 20 juin 2012, renouvelle le placement et ordonne à son bénéfice une tutelle d'État confiée au président du conseil général de la Côte d'Or jusqu'à sa majorité.

⁴ Sur ce point difficile de dire si le juge agissait en tant que juge aux affaires familiales ou juge des tutelles mineures, car depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit et d'allègement des procédures (*JO* 13 mai 2009 p. 7920), ces deux fonctions ont été attribuées à un seul et même juge.

action. Comme le souligne la Cour, « en l'espèce, il n'est ni allégué ni avéré qu'il existerait des intérêts contradictoires ou à tout le moins divergents entre [l'enfant] et sa mère ; que des intérêts éventuellement distincts ne sauraient justifier la désignation d'un administrateur *ad hoc* ». Les juges estiment que la minorité de la mère et son maintien sous un régime de protection ne permettent pas à eux seuls de faire présumer un conflit d'intérêts lequel se doit toujours d'être démontré. La minorité de la mère n'implique au mieux qu'une présomption d'intérêts éventuellement distincts, insuffisants pour légitimer la désignation d'un administrateur *ad hoc* et priver la mère-mineure de l'exercice de son autorité parentale dans son intégralité. Par cette décision, la jurisprudence écarte toute présomption de conflit fondée sur le seul âge ou l'incapacité civile du parent.

179. Il convient de relever que cet arrêt ne se réfère à aucun moment à la distinction entre la représentation dans les actes de la vie civile de l'article 389-3 du Code civil, qui s'inscrit dans le cadre de l'administration légale, et l'exercice de l'autorité parentale, qui ne peut se limiter à une simple représentation¹. La représentation légale revêt un caractère transversal à l'autorité parentale car il s'agit d'un attribut destiné à permettre la réalisation des actes juridiques tant sur la personne que sur les biens du mineur². L'administrateur *ad hoc* ne peut exercer la plénitude de l'autorité parentale, car il n'a « qu'un rôle de représentation du mineur, ce qui n'a rien à voir avec l'exercice de l'autorité parentale »³. À cela s'ajoute le fait qu'il a vocation à représenter l'enfant et non le parent⁴ dans ses droits. L'administrateur *ad hoc* de l'article 389-3 voit son domaine limité à une intervention ponctuelle relevant du domaine de la représentation attribuée à l'administrateur légal⁵, autrement dit à la réalisation d'un acte juridique ponctuel en raison d'une inaction du parent administrateur du patrimoine de son enfant. La décision du juge aux affaires familiales passait sous silence le droit d'autorité du parent qui donne la possibilité de prendre toutes les décisions sur l'enfant auquel il est lié afin d'organiser tous les aspects de sa vie qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux⁶. La Cour d'appel a censuré une ordonnance qui procédait non pas à la désignation d'un administrateur *ad hoc* comme annoncé, mais à une délégation implicite et imposée de l'autorité parentale de la mère-mineure vers un tiers⁷. Si la dissociation imposée entre la titularité et l'exercice des droits parentaux est possible, ce n'est qu'aux conditions explicitement prévues par la loi face à un parent qui n'est pas en mesure d'exercer ses droits parentaux en raison de

¹ V. J. Hauser, « La finalité de l'autorité parentale », *RTD. civ.* 2007, p. 327.

² *Ibid.*

³ F. Dekeuwer-Défossez, « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle », n° 9, 1^{ère} partie, *LPA*, 12 août 2013, n° 160, p. 3, spé. « II. L'Art. de l'esquive », « A. Le parent-mineur ».

⁴ V. Cass., ch. mixte, 9 février 2001, *RTD. civ.* 2001, p. 333.

⁵ Un auteur tire un constat sévère de cette motivation : « Cette décision au raisonnement peu clair révèle combien il est dérangeant pour des adultes de voir un être aussi jeune, vulnérable et dépendant assumer la charge d'un nourrisson. Elle révèle également la confusion qui règne sur les pouvoirs des parents, confusion que la loi du 12 mai 2009 (L. n° 2009-526, 12 mai 2009, *JO* 13 mai 2009) a aggravée, en confiant au juge aux affaires familiales, juge de l'attribution de l'autorité parentale, la tutelle des mineurs, c'est-à-dire le contrôle de l'administration légale. » : C. Neirinck, « Minorité, maternité et autorité parentale » *Dr. fam.*, novembre 2012, comm. p. 169

⁶ V. *infra* nos 190 s. (gouvernance de la personne), nos 280 s. (gestion patrimoniale).

⁷ C. Neirinck, *op. cit.*

sa situation ou de son comportement¹. L'article 373 du Code civil prévoit qu'« est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité [...] ». La notion d'incapacité renvoie à l'incapacité juridique tel que la minorité ou les régimes de protection des personnes majeures. Pour autant, cette incapacité est toutefois insuffisante pour provoquer à elle seule la perte de l'autorité parentale et sa dévolution à l'autre parent, ou à défaut, à l'ouverture d'une tutelle². Le critère déterminant de la privation automatique n'est que le parent ne serait pas ou plus en état d'exprimer sa volonté³, l'incapacité juridique n'étant qu'une conséquence éventuelle de cet état⁴. L'impossibilité pour le parent d'exprimer une volonté ne peut être présumé de sa seule incapacité juridique et doit donc être appréciée *in concreto*. Cette perte trouve sa justification dans le rôle important accordé à la volonté dans le fonctionnement de l'autorité parentale. Il ne peut y avoir d'autorité sans volonté⁵, car elle implique que le parent substitue sa volonté à celle de son enfant. Le parent ne peut exercer personnellement ses droits, s'il n'est pas en état de manifester sa volonté. Par cette interprétation restrictive, seul l'*infans* serait dans une situation où son incapacité le placerait dans l'impossibilité d'exprimer une volonté propre en raison de son très jeune âge⁶. L'absence de discernement constatée constitue également un obstacle général à l'exercice d'un droit, faute d'une volonté suffisante pour l'exercer⁷. Partant du constat que le parent-mineur ne peut être qu'une personne pubère, il n'est pas directement concerné par cette disposition, car sa maturité lui permet en principe d'exprimer une volonté qui lui est propre. Sauf circonstances particulières comme un handicap physique ou une altération de ses facultés mentales de nature à abolir toute volonté, l'incapacité juridique des mineurs ne permet pas à elle seule de priver de plein droit le parent-mineur de l'exercice de son autorité parentale.

180. Une autre possibilité de séparation entre titularité et exercice du droit est posée par l'article 377 du Code civil en déléguant tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale à un tiers⁸. Cette délégation résulte de la volonté des père et mère, ou à défaut, de circonstances judiciairement constatées, à savoir le désintérêt manifeste des parents pour leur enfant, ou l'impossibilité pour eux d'exercer tout ou partie de ce droit. Cette possibilité permet à la personne membre de la famille ou non qui a recueilli le

¹ Dans le cas de la désignation de l'administrateur *ad hoc* que le juge aux affaires familiales a souhaité faire intervenir, il est essentiel qu'il y ait un comportement négligeant du parent. Il faut que l'inaction volontaire du parent soit due à un conflit d'intérêts l'opposant à son protégé, ce qui explique son manque d'implication. En l'espèce il n'y avait aucune inaction du parent et encore moins de conflit.

² P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 519, n° 822 ; CA Caen, 2 février 2006, *D.* 2006, p. 2016, note G. Raoul-Cormeil.

³ C'est le cas du parent absent, disparu, dans un état de coma ou pauci-relationnel ; v. *infra* n°s 581 s.

⁴ A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, n°s 354 s.

⁵ A. Gouttenoire, « Autorité parentale : exercice », in *Dr. fam.*, *op. cit.*, n° 234. 161 ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n°s 570 et 819 s.

⁶ Encore faut-il qu'il soit en mesure d'établir sa filiation. Les *infans* n'étant pas encore pubères, ils ne peuvent concevoir et de ce fait accéder à la fonction parentale. Cependant, comme nous l'avons souligné, les juges refusent généralement de donner droit à une telle reconnaissance. Car le jeune âge du mineur fait présumer qu'il n'était pas lors de la conception physiquement mature pour être en mesure de procréer ; v. CA Douai, 6 juin 1851, *DP* 1852, 2, p. 221, et *supra* n° 138.

⁷ Sur la notion de discernement : v. *infra* n°s 725 s.

⁸ V. *infra* n°s 627 s.

parent-mineur et le cas échéant son enfant, de saisir le juge aux fins de se faire déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale à son égard. Ce fondement aurait pu être utilement invoqué par l'association qui avait recueilli l'enfant du mineur dans le cadre de l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon, ce qu'elle n'a pas fait, contraignant le juge à désigner un administrateur *ad hoc*. Cette solution s'est révélée inefficace tant à l'égard du fondement que de la mesure en elle-même¹. Le parent-mineur doit être dans l'impossibilité d'exercer son autorité, impossibilité qui est appréciée *in concreto* et ne peut se déduire uniquement de son état de minorité.

181. L'arrêt poursuit en évoquant l'incidence de l'âge sur l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale tant sur l'aspect personnel (autorité) que sur l'aspect patrimonial (administration légale), ce qui n'avait pas été fait par les juges du fond. Confronté à cette question difficile, les juges ont présenté leur réponse sous forme de syllogisme. La Cour rappelle le principe de l'article 414 du Code civil selon lequel une personne n'aura l'exercice des droits dont elle a la jouissance qu'à partir de ses 18 ans révolus, ce qui laisse penser que la mineure ne peut exercer l'autorité dont elle jouit en tant que mère de son enfant. Cette référence n'est faite qu'à l'égard de l'enfant du parent-mineur pour souligner la nécessité d'attribuer l'exercice de l'autorité parentale, et non en référence à la situation de la mère-mineure dont la protection est déjà assurée par une tutelle². Pour résoudre le paradoxe de l'exercice de l'autorité parentale par la mère, la Cour se réfère à la formulation de l'article 371-1 du Code civil qui énonce que l'autorité appartient aux père et mère de l'enfant et applique strictement ce texte qui, selon elle, « n'impose pas de condition d'âge minimum pour qu'un père ou une mère exerce l'autorité parentale³ » et conclue qu'« un parent-mineur peut exercer l'autorité parentale sur son ou ses enfants, alors même que ce parent est encore mineur ». L'arrêt renforce sa position en soulignant qu'« étant les représentants naturels de leurs enfants, cette fonction leur revient de droit ». La jurisprudence actuelle constate que les parents-mineurs exercent l'autorité parentale sur leur enfant et leur reconnaît l'aptitude de décider, mais aussi la capacité de le représenter légalement. En définitive, les titulaires de l'autorité parentale bénéficient de plein droit de l'exercice de ce droit dès lors qu'ils sont aptes à exprimer une volonté personnelle. La seule minorité ne suffit pas pour dissocier l'exercice et la titularité de l'autorité parentale au profit d'une tierce personne disposant d'une maturité ainsi qu'une capacité juridique suffisante. Cette présomption d'aptitude et de capacité reconnue aux père et mère en matière d'autorité parentale n'est qu'une présomption simple. Une dissociation entre exercice et titularité est toujours envisageable mais selon les mêmes conditions légales applicables à n'importe quel autre parent. En apportant la preuve d'une défaillance dans son rôle, l'impératif de protection permet ainsi de retrancher tout ou partie de

¹ L'administrateur *ad hoc* ne peut venir remplacer totalement le parent.

² « Attendu que [l'enfant] est mineure et n'est donc pas en capacité d'exercer de manière autonome ses droits ; qu'il y a lieu en conséquence de lui donner un représentant »

³ La Cour confond ici jouissance et exercice. C'est l'article 372 du Code civil qui attribue l'exercice de l'autorité aux parents alors que l'article 371-1 de ce même Code fait référence à la dévolution de sa jouissance. Cette distinction apparaît essentielle car l'exercice de l'autorité parentale peut techniquement revenir à une personne autre que les titulaires de ce droit.

l'exercice de ce droit à son titulaire¹. En conclusion, le parent-mineur bénéficie d'une véritable autonomie dans l'exercice de ses droits parentaux sur l'enfant auxquels il est lié. Par ce raisonnement, les juges attribuent à l'autorité parentale une nature éminemment personnelle qui ne peut s'exercer par assistance ou représentation, car liée à la personne titulaire du statut de parent. Seules des circonstances exceptionnelles s'ajoutant à la minorité permettraient d'en modifier le principe.

¹ Sur la protection de l'enfant sans son parent v. *infra* n^{os} 546 s.

Conclusion du Chapitre II

182. L'accès des mineurs au statut de parent n'est pas une question récente. Cette éventualité avait déjà été envisagée dans le cadre de l'exercice des droits permettant à un mineur de se lier juridiquement à son enfant, soit bien avant que ne soit évoqué l'exercice des droits sexuels et reproductifs par une personne mineur. Le statut de parent ainsi que les droits et obligation qui s'y rattache sont des effets juridiques du lien de filiation par lequel un parent s'engage à élever un enfant qu'il considère comme étant le sien. En dépit de la variété des solutions articulant l'exercice personnel de ces droits reconnu aux mineurs avec l'autorité parentale, une logique commune a progressivement émergé.

Ces différents droits se trouvent dans la sphère la plus intime des individus, leur exercice impliquant une volonté personnelle de leur titulaire en raison de leur nature éminemment personnelle. Dans le cas des mineurs, ils échappent à l'autorité parentale, car ils ne peuvent être exercés ni par représentation ni par assistance. La volonté parentale ne peut ici substituer celle du mineur qui pourra accéder de manière autonome au statut de parent. La volonté du protégé ne peut être valablement substituée par celle de son protecteur, sa personnalité juridique ne pouvant être occultée. Dans le cas contraire, les parents seraient en droit de contraindre leur enfant à renoncer à un éventuel projet parental ou au contraire à le lui imposer, sans qu'il puisse s'y opposer. Le caractère éminemment personnel de ces droits confère ainsi une véritable prépondérance à la volonté du mineur sur celle de ses parents. Pourtant bien que lui-même parent, la situation juridique personnelle du mineur reste inchangée. Si le parent-mineur se doit d'entretenir et d'éduquer son enfant, il reste lui-même dépendant de ses parents qui sont tenu de l'entretenir et de l'éduquer. L'obligation alimentaire qui résulte du lien de filiation et à laquelle leurs parents sont astreints en tant que grands-parents au bénéfice de l'enfant du mineur, n'a qu'un caractère subsidiaire. Cette obligation limitée à un aspect purement alimentaire ne peut substituer entièrement à l'obligation d'entretien des parents-mineurs qui comprend un aspect éducatif.

Si l'âge conditionne l'acquisition du statut de mineur, ce critère est indifférent pour l'attribution de celui de parent ainsi que les droits et obligations découlant de cette fonction, sous réserve qu'il soit en état d'exprimer une volonté personnelle nécessaire à l'exercice de l'autorité. Bien que l'exercice des droits dont les mineurs ont la jouissance est en principe conditionné à leur majorité civile, c'est à l'exception des droits éminemment personnels pour lesquels leur volonté bénéficie d'une prépondérance sur l'autorité de leurs parents. L'importance accordée à la volonté parentale dans le fonctionnement de leur autorité parentale permet de la faire échapper à la protection à laquelle le parent-mineur demeure lui-même soumis. Les prérogatives détenues par leurs parents sur leur enfant sont en principe délimités par leur statut de grands-parents, l'autorité qu'ils détiennent sur le parent-mineur n'ayant pas vocation à s'étendre sur l'enfant de leur enfant.

Conclusion du Titre I

183. L'accès des mineurs au statut de parent met en lumière l'existence d'une catégorie de droits étroitement liés à la personnalité de leur titulaire. Ces droits appartiennent à la sphère de la plus stricte intimité des individus, leur conférant une nature qualifiée d'éminemment personnelle. Leur exercice repose sur la volonté exclusive de leurs titulaires, indifféremment de leur situation juridique personnelle. La minorité ne constitue pas un obstacle à l'exercice de ces droits, l'autorité parentale n'étant pas légitime pour intervenir dans les domaines qu'ils régissent, les parents sont ainsi les premiers protecteurs et interprètes des intérêts de leur enfant mineur. Leur existence démontre que la personnalité juridique du mineur n'est pas entièrement occultée par sa protection, sous réserve qu'il dispose d'un discernement suffisant pour exprimer une volonté personnelle.

Les droits sexuels et reproductifs, les droits de la filiation qui conditionnent l'attribution du statut de parent, mais aussi les droits et obligations qui y sont liés, échappent par nature à l'autorité parentale. La décision de devenir ou non parent ne revient qu'au mineur, évitant ainsi que cette décision lui soit imposée, car une parenté contrainte pourrait se révéler préjudiciable autant pour le parent que pour l'enfant. L'exercice strictement personnel de ces droits est le moyen le plus efficace pour garantir la faculté d'autodétermination qu'ils confèrent. L'accès des mineurs au statut de parent, étend leur sphère d'autonomie juridique gagnée sur l'autorité parentale de leurs parents. L'étude de ces droits et de leur exercice par les mineurs démontre que l'autorité parentale ne peut être résumée à un mécanisme de représentation légale. Ce droit recourt à nouveau à un mécanisme d'autorité qui permet aux parents de prendre toutes les décisions relatives à leur enfant, occultant ainsi sa volonté. La représentation légale n'intervient que pour la conclusion d'un acte juridique. L'intérêt est qu'il prenne effet sur le mineur représenté et non sur ses parents.

Si l'autorité parentale permet de gouverner la personne de l'enfant, elle trouve une limite dans la sphère de la plus stricte intimité de l'enfant. Les immixtions de l'autorité parentale se sont avérées, dans ce cadre, contraires à la protection de ses intérêts chaque fois que les parents ont tenté d'imposer une décision contraire à celle de leur enfant. Cette difficulté a poussé le législateur à reconnaître au mineur une véritable autonomie juridique acquise sur les droits de ses parents, pour que sa volonté ne puisse plus être occultée sur des questions aussi personnelles que le choix de devenir parent. Une fois ce statut acquis, la volonté du parent-mineur devient exclusive chaque fois qu'il agit dans le cadre de sa fonction. Il devient ainsi avec l'autre parent le premier interprète et le premier protecteur des intérêts de son enfant, et ce malgré le maintien de sa dépendance à l'égard de ses propres parents.

TITRE II : L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE PAR UN PARENT-MINEUR

184. Le caractère éminemment personnel de l'autorité parentale ne découle pas exclusivement des droits exercés en amont tel que l'aptitude reconnue aux mineurs en matière de sexualité ou de filiation¹. L'autorité parentale est liée à l'établissement de la filiation, droit propre aux personnes qui choisissent d'assumer cette charge parentale. L'explication avancée par la Cour d'appel de Dijon qui constate l'absence d'une référence légale à un âge minimum ne permet pas véritablement de cerner la raison pour laquelle un parent-mineur exerce de plein droit l'autorité parentale. La législation ne fait que très rarement appel aux seuils d'âge pour conditionner l'exercice des droits en matière personnelle². Face à la minorité du parent, deux questions doivent être posées : pourquoi une personne présumée immature à l'égard d'elle-même serait-elle apte à décider pour son enfant ? Pourquoi le parent-mineur, bien que juridiquement incapable, serait-il en capacité d'agir et de représenter son enfant dans la réalisation d'un acte³ qui lui échappe lorsqu'il s'agit de sa propre personne ? Autant de questions qui ne peuvent trouver de réponses que dans le fonctionnement même de l'autorité parentale. Il convient donc de l'appréhender dans ses deux aspects, que ce soit l'extrapatrimonial, marqué par les décisions d'autorité du parent sur la personne de son enfant (**Chapitre I : L'autorité décisionnelle du parent-mineur**), ou le patrimonial, marqué par la représentation légale de l'enfant dans la gestion des biens par l'administrateur légal (**Chapitre II : La capacité juridique du parent-mineur**).

¹ F. Rogue, « L'enfant du mineur à l'épreuve du droit de la santé », *RDSS* 2016, p. 722.

² V. D. Guérin (dir.), Dossier « Jeunesse et Droit », *AJ. fam.*, octobre 2017, n° 10, pp. 511 à 538.

³ Cette question se révèle transversale au droit de l'incapacité et plus particulièrement aux mineurs. Ex. : I. Corpart, « minorité et majorité », in *Rép. civ.*, Dalloz, janvier 2014, n° 28 « Par principe, un enfant ne peut s'obliger par aucun acte juridique et ne peut signer aucun contrat. Même s'il peut exprimer sa volonté et son sentiment, il n'est pas réputé pouvoir donner un consentement éclairé. Cependant, ce principe, qui demeure intangible pour les mineurs non capables de discernement, est remis en cause pour les enfants plus grands ».

Chapitre I : L'autorité décisionnelle du parent-mineur

185. Le droit de la famille est un droit « enraciné dans le temps et son sens n'apparaît que dans la durée [...] ; chaque époque est tributaire des précédentes, même si elle s'en démarque et influence à son tour la suivante pour la rejeter comme modèle »¹. L'autorité parentale est l'illustration même de ce constat. Elle est enracinée dans une histoire de la *patria potestas* romaine, en passant par la puissance paternelle pour aboutir à l'autorité parentale² telle que nous la connaissons aujourd'hui, chaque étape ayant tenté de rompre avec la précédente, sans pour autant réussir à en effacer totalement les marques laissées sur son fonctionnement qui permet à un parent de prendre toute décision dans l'intérêt de son enfant. Ce droit d'autorité facilite la direction et l'organisation des premières années de la vie de son enfant, en substituant sa volonté par la sienne, quelle que soit la situation juridique personnelle du parent (**Section 1**). En raison de ce droit de décider pour leur enfant et d'influer sur son éducation ainsi que sur son comportement, la loi fait reposer une responsabilité parentale qui reviendra elle aussi de plein droit aux mineurs dès l'instant où ils accèdent au statut de parent et exercent l'autorité parentale (**Section 2**).

¹ M. H. Renaut, *Histoire du droit de la famille*, éd. Ellipses, coll. Mise au point, 2^{ème} éd., 2012.

² Loi n° 70-459, 4 juin 1970, relative à l'autorité parentale, *JO* 5 juin 1970, p. 5227 ; loi n° 2002-305, 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, *JO* 5 mars 2002, p. 4161 ; loi n° 2002-303, 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* 5 mars 2002, p. 4118.

Section 1 : L'autorité droit éminemment personnel du parent-mineur

186. L'autorité provient du latin *auctoritas*¹, terme renvoyant à l'aptitude reconnue au parent de décider pour son enfant. L'exercice de ce droit trouve son expression la plus marquée en matière personnelle, compte tenu de la place occupée par les décisions comme mode d'expression de la volonté individuelle. Il s'agit pour le parent d'exercer son droit sur l'enfant en prenant toutes les décisions dans son intérêt² pour lui assurer l'entretien et l'éducation essentiels aux premières années de sa vie (§ 1). L'autonomie conférée au parent-mineur dans l'exercice de son autorité est limitée à la personne de son enfant (§ 2).

§ 1 : L'autorité sur la personne de l'enfant

187. La primauté juridique accordée à la volonté des père et mère sur celle de leur enfant permet à la fois de pallier l'immaturité et l'absence de discernement réel ou supposé de ce dernier et faciliter l'exécution des obligations parentales. Cette aptitude à décider pour l'enfant apparaît sous les traits de l'autorité, mécanisme juridique altruiste qui confère au parent la possibilité de substituer sa propre volonté à celle de son enfant avec pour seule directive d'en préserver les intérêts³. L'autorité est un droit dont l'exercice est lié à la personne de son titulaire et non un droit reconnu à l'enfant susceptible d'être exercé par le biais de la représentation légale (A). L'exercice d'autorité peut impliquer une représentation légale de l'enfant, ce mécanisme est cantonné à la réalisation de l'acte juridique, ce qui fait de la représentation légale un attribut de l'autorité (B).

A- L'autorité, droit lié à la personne du parent-mineur

188. « Du fait même qu'ils sont parents, les père et mère ont à l'égard de leur enfant un droit et un devoir d'autorité »⁴. L'autorité est une aptitude confiée au parent indépendamment de sa situation personnelle et de sa propre soumission à un mécanisme de protection. Cela s'explique par la nature éminemment personnelle de ce droit dont seuls les titulaires se voient attribuer de plein droit son exercice en raison du lien de filiation établi avec l'enfant (1). Il est essentiel d'éviter toute confusion entre le droit et son objet (l'enfant). Si l'autorité est un droit du parent, il ne leur permet pas d'interférer dans les droits « éminemment personnels » dont l'enfant est lui-même titulaire. L'autorité exclue

¹ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), éd. PUF, 10^{ème} éd., 2014, v. « autorité ».

² Art. 371-1 C. civ.

³ *Ibid.*

⁴ Rapport du groupe de travail présidé par F. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, septembre 1999, La doc. fr., p. 59.

l'autorité, permettant ainsi aux parents-mineurs de bénéficier d'une autonomie dans l'exercice de leurs droits parentaux (2).

1. L'autorité, droit de décision attribué spécifiquement au parent-mineur

189. L'attribution d'une autorité sur l'enfant provient du constat selon lequel « les nécessités de sa vie [l'enfant!], la santé de son corps, l'instruction et la culture dont son esprit a besoin, demandent qu'il soit conduit et gouverné par la volonté des autres, non par la sienne propre »². Le parent est considéré comme le mieux à même de gouverner son enfant en raison du lien de filiation qui l'unit à lui et de l'intimité que ce lien crée. Cette vision de l'autorité comme droit des père et mère a été rappelée dans un arrêt du 27 février 2007 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation³. En l'espèce, la mère d'un enfant de onze ans sur lequel elle partageait l'exercice de l'autorité parentale avec le père, célèbre dans le milieu du cinéma, poursuit en justice deux organes de presse qui avaient publié des photos de leur fils sans recueillir préalablement son autorisation. L'originalité de cet arrêt réside dans le choix de la mère d'invoquer non pas le préjudice subi par son enfant dans l'atteinte à son image⁴, mais son propre préjudice résultant du non-respect de son autorité parentale, faute d'avoir pu décider de ce qui était le mieux dans l'intérêt de son enfant. Face à des juges du fond qui ont systématiquement accueilli cette demande, les journaux ont formé un pourvoi en cassation. Pour fonder leur action, ils ont soutenu à cette occasion « que l'autorité parentale a pour finalité exclusive l'intérêt de l'enfant ; que conférées et devant être exercées dans le seul intérêt de l'enfant, les fonctions attachées à l'autorité parentale ne comportent aucun attribut en faveur de la personne de leur titulaire ». La Cour de cassation a considéré que ce moyen ne pouvait être accueilli, car « le préjudice moral direct et certain éprouvé par Mme Y. [la mère], [résulte] de la méconnaissance de ses prérogatives d'autorité parentale ». Par cet arrêt, la Cour rappelle que l'autorité est avant tout un droit propre du parent qui l'exerce, indépendamment de l'enfant ou de ses droits qui n'en sont « que » l'objet. L'autorité parentale ne fait pas du parent un représentant légal chargé d'exercer les droits de son enfant, bien au contraire, elle lui accorde des droits personnels qui ne peuvent s'assimiler à ceux de leur enfant⁵. La jurisprudence reconnaît également, de

¹ Locke fait référence à la jeunesse du monarque, et tente de répondre à une question proche de la préoccupation de notre propos, à savoir : déterminer le moment où le jeune monarque devient en mesure de gouverner les autres. Ce faisant Locke élargit son propos à tous les enfants, car ce qui s'applique au monarque s'applique aussi aux autres. « Si donc quelqu'un me demandait, quand est-ce que mon fils est en âge de liberté ? Je répondrais : justement lorsque ce Monarque est en état de gouverner » ; J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, éd. GF Flammarion, 2^{ème} éd., 1992, § 61, p. 188 ; Locke fixe ce seuil en se référant à l'âge fixé par la législation des sociétés comme faisant présumer l'acquisition d'une raison suffisante pour agir en homme libre. Il fait un lien direct entre l'aptitude d'une personne de décider pour autrui avec la reconnaissance préalable par la société de l'aptitude à décider pour elle-même. Ce lien n'a pas été réalisé par le droit positif.

² *Ibid.*

³ Cass., civ. 1^{ère}, 27 février 2007, n° 06-14273 ; arrêt n° 284, *Dr. et patr. hebdo*, n° 646.

⁴ Elle aurait agi par représentation dans les droits de son enfant afin d'obtenir la réparation du préjudice que subit ce dernier en tant que représentant légal. Ici son action est réalisée à titre personnel en tant que titulaire de l'autorité parentale.

⁵ V. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 648, n° 1081 : « la confusion évidente entre l'intérêt de l'enfant, intérêts des parents et plus largement intérêt de la famille conduit à s'interroger sur le point de savoir si la représentation de l'enfant par ses parents est une véritable représentation » ; v. également : A. Gouttenoire, « Le statut juridique du mineur », *RLDC* 2011, supplément au n° 87, p. 39 : « Il ne s'agit pas, dans ce cadre [article 371-1 C civ], pour les parents d'exercer les droits du mineur par le biais de la représentation, mais bien d'exercer leurs propres prérogatives. ».

manière constante, l'existence d'une véritable autorité, résultant du lien de filiation établie entre son titulaire et l'enfant dont il est chargé de la protection, et ce, indépendamment des droits dont l'enfant serait lui-même titulaire¹.

190. Bien que l'autorité parentale soit de plus en plus appréhendée comme un droit-fonction², l'autorité demeure une « prérogative » parentale, à savoir, une « compétence ou [un] droit reconnu ou attribué à une personne [...] en raison de sa fonction [...] »³, mais également « l'attribut d'un droit, chacun des pouvoirs exclusifs spécifiés, des moyens d'action, etc., qui appartiennent au titulaire d'un droit dont l'ensemble correspond au contenu de ce droit »⁴. Les décisions sur la vie de l'enfant sont l'expression du droit de ses parents et non l'exercice par représentation des droits personnels de l'enfant. L'autorité est le mécanisme qui offre non seulement aux parents le pouvoir de décider pour leur enfant mineur, mais les y contraint, car ils sont également tenus d'agir pour préserver ses intérêts, ce qui en fait un droit-fonction⁵. L'autorité fait que ces choix s'imposent aux tiers tenus de les respecter⁶. Le fait que l'autorité parentale soit exercée dans l'intérêt exclusif de l'enfant ne s'oppose en rien à ce qu'elle appartienne exclusivement au parent et non à l'enfant, sauf à confondre les droits de l'enfant occulté par l'autorité, avec le droit lui-même⁷. Il faut se prémunir de cette confusion, car elle conduit à appréhender la fonction parentale comme une simple représentation légale de l'enfant et fait du parent un mandataire chargé de l'exercice des droits de son enfant, ce qui signifie qu'il serait dans l'obligation de respecter la volonté de leur titulaire et donc de l'enfant. Cette conception priverait de fait l'autorité de son caractère personnel et conduirait *in fine* à priver automatiquement les mineurs de l'autorité sur leur enfant en la déléguant à leurs représentants, en la personne des grands-parents⁸. Cette solution n'est pas envisageable, outre les difficultés que cela engendrerait en pratique⁹, l'autorité appartient de droit aux parents car elle est intimement liée à leur personne.

¹ Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, Éditions René Julliard et autre c. Époux Rossi, *JCP* 1972, II, p. 1729. Ici l'atteinte portée à la vie privée de l'enfant portait aussi atteinte à la vie privée des parents.

² A Bénabent, *Droit de la famille*, LGDJ, 4^{ème} éd., décembre 2018, n^{os} 635 s. ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., p. 473, n^o 736 ; A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2019, p. 253, n^o 587.

³ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.) op. cit., v. « prérogative », sens n^o 1 ; v. aussi la définition donnée pour : « autorité », pouvoir, qui se révèlent très similaires.

⁴ *Ibid.* v. « prérogative » sens n^o 2.

⁵ P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018, pp. 715 s., n^{os} 1550 s. ; A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2019, p. 255, n^o 593 ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., p. 344, n^o 544.

⁶ *La philosophie de A à Z*, op. cit., v. « autorité », sens commun : « capacité d'exercer un pouvoir et de le faire respecter par autrui ».

⁷ Sur ce point, il est important de souligner que l'enfant ne peut saisir lui-même le juge aux affaires familiales pour une question relative à l'exercice de l'autorité dont il est l'objet. La jurisprudence lui oppose une fin de non-recevoir faute d'intérêt à agir. Seuls les parents titulaires de cette autorité bénéficient de cette possibilité. « [...] La thèse qui distingue dans l'autorité parentale les droits exercés au nom du mineur et les droits qui appartiennent aux parents personnellement en tant que tel peut s'autoriser d'une constatation simple. Il n'est guère soutenable que tout ce qui concerne l'autorité ou l'éducation soit considéré comme une délégation des droits de l'enfant (lesquels ?) sauf à sombrer dans une pédocentrie douteuse et il paraît plus raisonnable de les distinguer de ceux qui touchent à sa représentation » : J. Hauser, « La finalité de l'autorité parentale », *RTD. civ.*, 2007, p. 327 ; sur l'exercice du droit au secret, droit personnel du mineur exercé par représentation ou droit du parent lié à l'autorité : C. Quennesson, *Mineur et secret*, thèse dactyl., Bordeaux, n^o 157, pp. 135 s.

⁸ Maternels ou paternels selon qu'il s'agit d'une mère ou d'un père mineur, voire potentiellement les deux dans le cas d'un couple de mineurs.

⁹ Dans l'hypothèse d'un couple parental composé exclusivement de mineurs, il pourrait potentiellement y avoir quatre représentants légaux, dès lors qu'il existe deux parents du côté maternel comme du côté paternel.

191. La nature « éminemment personnelle » de ce droit tient au fait que l'exercice de l'autorité parentale est l'expression de la personnalité du parent chargé d'élever et d'éduquer son enfant. La législation ne fait qu'imposer aux père et mère des objectifs-cadres qui lui imposent d'entretenir, d'éduquer, et de protéger l'enfant dans son intérêt¹. Chaque décision prise par le parent est présumée l'être en considération de l'enfant², en conséquence de quoi son intérêt est relié, jusqu'à preuve du contraire, à celui de son parent. Cette présomption permet de mieux comprendre pourquoi les obligations mises à sa charge demeurent de l'ordre de la directive. L'objectif est de permettre une marge d'appréciation suffisante au parent dans l'exercice de son rôle, pour qu'il dispose d'une liberté dans l'exercice de son autorité. Toute décision prise par le parent est marquée par sa subjectivité dans l'appréciation qu'il fait des besoins de son enfant. Cette souplesse illustre la confiance que la société place *a priori* dans l'action parentale et l'exercice de leur autorité, car « si les parents se voient légitimés à prendre soin de leur enfant, ce n'est pas simplement en vertu d'un droit naturel, mais aussi parce que le lien qui les unit les désigne comme les plus qualifiés à viser son intérêt »³. C'est dans le lien unissant le parent à son enfant et l'exécution de ce droit-obligation qu'il est possible de constater le caractère éminemment personnel de ce droit, car « les parents n'ont pas que des responsabilités, mais aussi un "devoir d'exigence" à l'égard des enfants, permettant sa socialisation. Dévaloriser ce devoir serait affaiblir la signification du lien de filiation »⁴ et par là même l'autorité qui en résulte⁵. L'exercice de l'autorité est de fait profondément marqué par la personnalité de ses titulaires. Le lien que ce droit

¹ Par exemple sur la notion d'intérêt de l'enfant comme « notion cadre » V. C. Lienhard, « Le rôle du juge aux affaires matrimoniales », *Economica*, 1985, p. 128.

² J. Carbonnier, Droit civil, *Les personnes*, *op. cit.*, n° 370 : « La présomption n'est pas si bête, sur laquelle le droit continue à se reposer largement, que l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui des parents, partant que les parents en décideront »

³ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, éd. PUF, coll. Question éthiques, 1^{ère} éd., janvier 2002, p. 50 ; v. aussi l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (bundesverfassungsgericht) du 9 février 1982 cité par D. Youf au sein de son ouvrage (p. 50), où la justice allemande a justifié la primauté de l'attribution de l'autorité parentale aux parents en raison du fait que « l'intérêt de leur enfant leur tient plus à cœur qu'à n'importe quelle autre personne » ; v. aussi : J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, p. 189, § 63 : « Or, c'est par cette raison que les pères et les mères acquièrent cette autorité avec laquelle ils gouvernent la minorité de leur enfant. Dieu les a chargés du soin de ceux à qui ils ont donné la naissance, et a mis dans leur cœur une grande tendresse pour tempérer leur pouvoir ».

⁴ Rapport sous la direction de I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des sceaux, ministre de la Justice, éd. Odile Jacob, La doc. fr., 1998, p. 190.

⁵ L'autorité a pour objectif de « faciliter » la réalisation de l'obligation d'entretien et d'éducation. Un parent qui se voit privé de l'exercice de l'autorité parentale n'est pas pour autant libéré de ses obligations parentales. Elles n'en deviennent que plus difficiles, car la place du parent dans les décisions et les choix orientant la vie de son enfant sera très limitée et son action sera cantonnée à un financement et à un droit de contrôle. Seule la voie judiciaire lui reste ouverte pour faire éventuellement valoir son avis. Art. 373-2-1 C. civ.

entretient avec la personne qui l'exerce est parfois désigné sous le terme de « parentalité »¹. Cette notion renvoie à une réalité factuelle marquée par la subjectivité propre à chaque individu amené à prendre soin de l'enfant dans son quotidien. Cela est confirmé par le constat selon lequel aucun parent ne s'acquitte de la même manière de son obligation d'entretien et d'éducation. L'autorité appartient à la sphère juridique la plus intime et la plus stricte de la vie privée composée des droits qualifiés d'éminemment personnels. Ce droit peut être exercé par un parent-mineur dès qu'il est apte à exprimer une volonté propre. L'autorité qu'il exerce sur son enfant lui permet d'imposer sa volonté malgré le maintien de l'autorité de ses parents qui sont également amenés à substituer leur volonté à celle du parent-mineur pour toutes les décisions qui le concernent². L'autorité exercée par les parents sur le parent-mineur ne s'étend pas à la socialisation et à la personnalisation de son enfant³. L'autorité est délimitée par la filiation, si bien qu'elle ne peut s'étendre aux enfants avec lesquels les parents ne disposent pas d'un lien de filiation direct. Cette catégorie de droit de nature « éminemment personnelle » n'a pas encore fait l'objet d'une véritable consécration juridique en ce qui concerne les mineurs. La référence au caractère éminemment personnel de certains droits émerge à l'égard des personnes majeures protégées au travers « des actes juridiques dont la nature nécessite un consentement strictement personnel »⁴. Cette reconnaissance aurait vocation à s'étendre à tous les droits de même nature quelle que soit la personne vulnérable qui en est titulaire. Ils offrent la possibilité de délimiter l'étendue des mécanismes juridiques de protection qui impliquent une substitution de la volonté d'un individu par une autre, et de déterminer la marge d'autonomie ne pouvant être retirée à une personne dans l'exercice de ses droits. L'autorité fait manifestement partie d'une catégorie de droits qui ne sauraient, par principe, échapper à son titulaire, qu'il soit mineur ou majeur protégé. En conclusion,

¹ « La parentalité, c'est aussi – et peut-être surtout – cette fonction qui vise à transformer l'enfant, à « l'élever ». Les parents doivent d'abord – on l'oublie trop souvent – donner à leur enfant les moyens de vivre pleinement sa vie d'enfant, dans chacune de ses étapes [...] Assumer sa mission de parentalité, c'est donc mener à bien un double processus, de socialisation et de personnalisation de l'enfant, dont les deux composantes, loin de s'opposer ou de s'exclure, se répondent mutuellement dans une dynamique aujourd'hui mieux connue. Dans le triangle fondamental enfant-adulte-système culturel, la communication entre les deux premiers pôles ne peut se développer, sur un mode essentiellement émotionnel, qu'avec le support des références et valeurs culturelles auxquelles adhère l'adulte et auxquelles l'enfant désire adhérer parce qu'il se positionne par rapport à l'adulte. Réciproquement, l'adulte agit – parfois involontairement – comme un révélateur des tensions et contradictions du système culturel, et suscite alors la réflexion, la discussion, la critique, activités caractéristiques de la personne grâce auxquelles l'enfant construit lui-même un peu de sa socialisation. » : J.P. Bret, L. Fabius « Droits de l'enfant : de nouveaux espaces à conquérir » *op. cit.*, n° 871, p. 56 ; v. sur la notion de « parentalité » : D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2019, n° 592, p. 521 ; du même auteur, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question, la parenté éprouvée. », *LPA*, 24 mars 2010, p. 7 ; C. Neirinck, « Parenté et parentalité : aspects juridiques », in *Lien familial, lien social*, M. Delage et Ph. Pedrot (dir.), PU Grenoble, 2003, pp. 59 s. ; A. Bruel, « Structures juridiques de la parentalité contemporaine », *Sauvegarde de l'enfance*, vol. 56, n° 4/2001, p. 176.

² T. Verheyde, « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ. fam.* 2012, p. 257.

³ J.P. Bret, L. Fabius « Droits de l'enfant : de nouveaux espaces à conquérir » *op. cit.* ; en pratique, compte tenu de l'obligation de cohabitation entre l'enfant et son parent, les grands-parents auront un rôle à jouer au côté du parent-mineur dans l'éducation de son enfant. Cependant, ce rôle ne peut s'assimiler à l'exercice d'une quelconque autorité. L'article 371-4 du Code civil ne consacre qu'un droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants et non pas un droit d'être éduqué par eux.

⁴ « Le projet de loi n'énumère pas les actes [dont le consentement est] strictement personnel, et laisse ainsi à la jurisprudence le soin d'établir la liste des décisions qui, parce qu'elles sont intimement attachées à la vie personnelle du majeur, relèvent de cette catégorie. Deux séries d'actes sont réputées strictement personnels et ne pourront donc être accomplis que par le majeur protégé : – les actes relatifs à la filiation, à savoir la déclaration de naissance et la reconnaissance d'un enfant du majeur protégé, le choix et le changement de son nom, ainsi le consentement du majeur à sa propre adoption ou à celle de son enfant ; – les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant du majeur protégé. » : M. Blessig, Rapport. n° 3557, sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, 10 janvier 2007, *Assemblée nationale*.

comme pour le parent majeur, le parent-mineur est seul légalement apte à décider dans l'intérêt de son enfant en vertu de son lien de filiation. C'est sur l'articulation entre les différentes autorités que se cristallise le paradoxe dans lequel sont enfermés les parents-mineurs. Le caractère éminemment personnel de ce droit se retrouve aussi dans l'autorité exercée par les parents sur le parent-mineur, c'est pourquoi ils ne peuvent, de plein droit, voir leur droit disparaître sous prétexte que l'enfant dont ils ont la charge est également devenu parent. Ce maintien de l'autorité parentale sur les parents-mineurs conduit à une superposition des autorités parentales en présence, avec un parent-mineur dont la volonté s'impose dans les décisions qui concernent son enfant, mais s'incline face à la volonté de ses parents dans les décisions qui le concernent. L'autorité parentale appartient aux parents et à eux seuls.

2. *La gouvernance de la personne de l'enfant par son parent-mineur*

192. Le caractère éminemment personnel de l'autorité conduit à ignorer la situation juridique du parent qui l'exerce. Comment expliquer qu'un mineur qui accède au statut de parent continue de voir sa propre volonté s'incliner devant celle de ses parents ? Pour y répondre, il convient de s'intéresser à l'objet même de l'autorité. C'est au travers de l'enfant, qu'il est possible de distinguer les limites imposées à son autorité. Le lien entre un droit et l'intimité de son titulaire peut être si fort qu'il permet à lui seul de conférer l'exercice juridique qui leur fait pourtant défaut, en raison d'une situation de vulnérabilité, sauf à ce que l'intervention du protecteur en devienne illégitime et s'apparente à une ingérence. Est-il envisageable ou même souhaitable qu'un parent puisse par exemple substituer sa volonté à celle de son enfant concernant une relation sexuelle ? Une demande de contraceptifs ? La réalisation d'une interruption volontaire de grossesse ? La reconnaissance ou non d'un enfant ? Le législateur a cédé dans chacune de ces éventualités à l'autonomie des mineurs dans l'exercice de ses droits, qui repose sur leur seule volonté¹. L'autorité parentale, attribut de la filiation, échappe de plein droit à celle conservée par les parents sur les parents-mineurs, du seul fait que l'enfant de leur enfant n'est pas le leur. Le domaine personnel appartient en principe et par nature à l'autorité parentale, car le parent est légitime à intervenir dans la sphère personnelle et intime de l'enfant. Si tous les droits rattachés à la personne trouvent un lien avec la vie privée de leur titulaire, tous ne bénéficient pas d'un même degré d'intimité. Il est donc essentiel d'établir une distinction entre les droits éminemment personnels qui relèvent de la stricte intimité, et les droits qui se révèlent « simplement » personnels, pour lesquels l'immaturité de l'enfant ainsi que son incapacité appellent à un aménagement de leur exercice². Cette distinction du domaine éminemment personnel et du simplement personnel apparaît

¹ V. *supra* : Titre I sur l'accès du mineur au statut de parent.

² Via une gradation dans la place juridique accordée à la volonté de l'enfant exerçant ses droits personnels confrontée à celle de son parent dans le cadre de son autorité (sur cette gradation v. *infra* n°s 726 s.).

explicitement dans le Code civil depuis la réforme de 2007 de la protection juridique des majeurs¹, et plus précisément de l'article 458 du Code civil. Ce texte énonce qu'une personne majeure malgré la mesure de protection peut accomplir seule les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel. L'article 459 de ce même Code considère en outre que la personne prend seule les décisions sur sa personne lorsque son état le permet. L'objectif recherché est de préserver au mieux la capacité juridique des personnes pour respecter les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité de la protection rappelés par le Conseil de l'Europe dans sa recommandation du 23 février 1999² et pour que la personne ne soit plus absorbée par sa protection. Si la transposition de ces textes ne peut être faite intégralement pour les mineurs³, l'idée directrice qui motive cette distinction revêt une certaine pertinence en l'espèce⁴. Les mineurs sont titulaires de droits éminemment personnels dont l'exercice implique « trop d'appréciations personnelles, d'ordre intime et moral »⁵, pour être concernés par leur protection, ainsi que des droits « simplement » personnels qui relèvent par nature de l'autorité parentale et pour lesquels ils ne bénéficient que d'un exercice aménagé où seule la recherche de leur volonté est nécessaire⁶. Pour cette raison, il est important de distinguer l'enfant en bas âge des adolescents. Si les plus jeunes ne peuvent apprécier ou simplement exprimer leur intérêt, il n'en va pas de même pour les plus âgés, qui se révèlent généralement aptes à exprimer de manière raisonnable cette volonté⁷. L'article 371-1 alinéa 4 aménage l'autorité parentale et demande aux parents d'associer l'enfant à toutes les décisions qui le concernent⁸, selon son âge et son degré de maturité. Malgré l'absence d'exercice autonome dans ses droits simplement personnels, l'enfant et à plus forte raison l'adolescent peuvent s'impliquer dans le processus décisionnel en dépit du fait que le choix final dépend exclusivement de son parent. Contrairement à l'autonomie qui leur est reconnue dans le cadre des droits éminemment personnels, cette participation à la décision apparaît au sein du Code civil⁹ comme une

¹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* n° 56 du 7 mars 2007 p. 4325 ; v. pour une critique de cette distinction : P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ, Art. 458, Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.* n° 3, mars 2009, étude 17.

² Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, 23 février 1999, Rec (1999)4, principes n°s 3, 5 et 6.

³ Les textes relatifs aux droits des personnes majeures vulnérables est un droit relevant des incapacités, dès lors ils n'abordent la protection que comme l'exercice délégué (via la représentation ou l'assistance) des droits dont la personne protégée est titulaire. Le protecteur n'a ici aucun droit propre. Cette conception ne peut être étendue aux enfants car l'enjeu de leur protection ne se limite pas à l'incapacité mais s'étend à leur aptitude (maturité-discernement), à laquelle s'ajoute le droit propre du parent qui occulte ceux dont son enfant est éventuellement titulaire ; v. *infra* n°s 202 s.

⁴ V. A. Gouttenoire, « La mise en œuvre judiciaire des droits parentaux du majeur sous tutelle », *Dr. fam.* n° 10, octobre 2003, comm 127.

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 8 janvier 1957, *JCP G* 1957, II, p. 9903, note F. Montera ; la Cour reconnaît pour ces motifs la qualité défendeur à un enfant dans une action en recherche de parenté, arrêt cité par A. Gouttenoire (*op. cit.*) pour transposer ce raisonnement au parent majeur en tutelle.

⁶ V. *infra* n° 752.

⁷ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1207, p. 724 : « La reconnaissance d'un droit de [l'enfant] de participer aux décisions qui le concernent constitue une forme de limitation, certes légitime, des droits parentaux ».

⁸ Cependant, cette obligation n'est en réalité qu'une incitation de la loi, car il n'y a pas de sanction pour le parent qui n'associerait pas l'enfant au processus décisionnel. De plus, l'enfant ne peut contester une décision qui aurait été prise sans son avis.

⁹ Ce qui n'est pas forcément le cas dans les textes plus spécifiques comme ceux présents au sein du CSP et qui laissent entendre un aménagement de l'exercice des droits personnels par les mineurs (v. *infra* n°207)

obligation parentale, condition de l'exercice de leur autorité¹ et non comme un droit appartenant à l'enfant de faire entendre sa voix.

193. Sur cette question la législation québécoise pousse ce raisonnement bien plus loin. Bien que l'existence de droits dont le caractère éminemment personnel exclu toute représentation² soit reconnu, comme pour la reconnaissance d'un enfant³, elle jalonne également la minorité de seuils objectifs offrant aux enfants une autonomie toujours plus étendue dans l'exercice personnel de leurs droits. Dès 14 ans, les mineurs sont dans une étape intermédiaire où ils bénéficient d'un exercice personnel des droits sur leur personne, ce qui leur octroie le droit de consentir ou de refuser des soins médicaux à finalité thérapeutique⁴ ou encore d'accéder directement à leur dossier médical⁵. Cette autonomie juridique permet d'atténuer le sentiment de paradoxe dans lequel le maintien de l'autorité parentale enferme le parent-mineur en raison de sa forte dépendance à ses parents. En l'absence d'une prémajorité en matière personnelle comme elle existe au Québec, en Espagne ou au Royaume-Uni, la législation française crée un enchevêtrement complexe qui nécessite de distinguer selon la nature simplement personnelle d'un droit, pour lequel la volonté du parent se substitue à celle de l'enfant, qui ne doit qu'être recherchée, et celui dont la nature est éminemment personnelle, pour lesquels seule la volonté du titulaire compte. Cette différence n'est pas simple à appréhender, car sont simplement personnels tous les droits qui n'ont pas été reconnus par la loi, ou la jurisprudence comme ayant une nature éminemment personnelle, faute d'un lien suffisant avec l'intimité de son titulaire.

194. C'est cette distinction qui crée le sentiment de paradoxe autour de la situation juridique des mineurs accédant au statut de parent. Le caractère éminemment personnel du droit d'autorité leur offre la possibilité et le devoir de prendre toutes les décisions relatives à la personne de leur enfant, et exclut de plein droit toute intervention des grands-parents qui ne peuvent user de l'autorité qu'ils détiennent sur le parent pour atteindre leur petit-enfant⁶. Toute hiérarchie légale entre l'autorité du parent-mineur et celle de ses parents est en principe écartée, car elles n'ont pas le même objet, tout au plus nous sommes face à une superposition de droits. La situation du parent du parent-mineur sur son enfant se rapproche plus sensiblement de celle dans laquelle se trouve un beau-parent⁷, tous deux sont amenés dans les faits à prendre en charge et à participer à l'éducation d'un enfant sur lequel ils ne disposent

¹ Les enfants ne disposent d'aucun recours contre une décision prise par leurs parents sans qu'ils aient été consultés. L'autorité est un droit parental et l'enfant ne dispose pas d'un intérêt pour agir à l'égard de l'exercice de ce droit, et cela malgré le fait qu'il ait pour objet la protection de ses intérêts. Comme le soulignait de M. L. Bételle, dans son rapport n° 209 (2001-2002), fait au nom de la commission des lois déposé le 6 février 2002 sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale : « À l'article 2 relatif à la définition de l'autorité parentale, considérant qu'il ne convenait pas d'occulter le rôle fondateur des parents, il [le Sénat] avait refusé que l'intérêt de l'enfant puisse en être considéré comme le fondement mais admis qu'il en était la finalité. »

² E. Deleury, D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, éd. Yvon Blais, 4^{ème} éd., 2008, n° 488, pp. 422 et s.

³ P. Azard et A.-F. Bisson, *Droit civil québécois*, t. I, éd. de l'Université d'Ottawa, 1971, p. 277.

⁴ Loi sur la protection de la santé publique, L.R.Q. (Loi refondée du Québec), c. P-35.1, Art. 42, remplacé par l'article 14 al. 2 du Code civil du Québec. Pour la France v. *supra* n°s 203 s.

⁵ Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., c. A-13.3, Art. 17 (1991). Pour la France v. *infra* n° 207.

⁶ V. T. Garé, « l'exercice conjoint de l'autorité parentale entre parents et grands-parents est-il possible ? » *D.* 1990, p. 395.

⁷ V. sur ce point : M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, thèse Lyon III, 1996, Defrénois, 2003.

juridiquement d'aucun droit permettant de légitimer leur action, à l'exception des droits épars qui leur sont attribués en tant que grands-parents, tel que le maintien de leur relation avec leur petit-enfant¹. Si le lien de filiation établi par le parent-mineur lui confère l'autorité requise pour prendre toutes les décisions pour protéger la personne de son enfant, certaines de ces décisions, pour être effectives, aboutissent à la réalisation d'un acte juridique. En l'absence d'effet émancipateur associé au statut de parent, le parent-mineur bénéficie toujours d'une incapacité juridique personnelle de portée générale. Comment expliquer qu'un parent dont l'incapacité est présumée, est capable de réaliser des actes juridiques sur son enfant alors que ces mêmes actes le concernant requièrent l'intervention de ses parents ? L'explication serait que la représentation légale n'est que l'attribut de l'autorité. L'exercice de l'autorité parentale sur la personne accorde également à son titulaire une capacité juridique liée à son statut de parent², n'ayant pas vocation à modifier le statut de mineur dont il continue de bénéficier.

B- La représentation légale attribut de l'autorité sur la personne de l'enfant

195. Le domaine extrapatrimonial et les droits qui le composent s'articulent principalement autour de la notion de volonté individuelle et de discernement. Bon nombre de ces décisions aboutissent à un acte juridique qui implique une représentation légale du parent afin qu'il produise ses effets directement sur l'enfant. L'acte juridique et la représentation légale sont subordonnés à la décision prise par les titulaires de l'autorité (1). La représentation légale est conditionnée à la décision, ce qui en fait l'un de ses attributs. Cette nature permet au parent-mineur de décider, mais également d'agir pour protéger la personne de son enfant (2).

1. La réalisation des actes juridiques liés à la personne de l'enfant

196. L'autorité parentale est un mécanisme ancien qui a évolué au fil des réformes pour s'adapter aux évolutions de la société. D'abord un droit exclusivement parental par la *patria potesta*, puis par la puissance paternelle où seule comptait la volonté du père et subsidiairement celle de la mère, et le mécanisme de représentation n'était au mieux qu'une représentation imparfaite³ encore qu'il ne soit pas certain que l'incapacité juridique de l'enfant ait été directement prise en compte au moment de la théorisation des droits parentaux. La représentation implique que la personne représentée soit sujet de droit et donc titulaire des droits, pour que le représentant puisse les exercer au profit du représenté ou réaliser les actes juridiques en son nom. Cela reviendrait à reconnaître à l'enfant le statut de sujet de droit à un moment où il n'était encore que l'objet du droit de ses parents, car « le droit des mineurs est

¹ Art. 371-4 C. civ. ; T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, thèse dactyl., Lyon 3, 1988.

² P. Portefaix, *Le parent vulnérable*, thèse dactyl. Lyon 3, 2006, p. 259, n° 625. L'auteur limite cette capacité à l'exercice de l'autorité sur la personne. Celui-ci considère que le parent administrateur légal de l'enfant ne fait que représenter son enfant dans ses droits, l'autorité n'ayant aucun impact en matière patrimoniale, assimilant la représentation légale au mandat légale, *ibid.* : pp. 261 s., n°s 634 s. ; ce qui n'est pas le cas de notre propos v. *infra* n°s 207 s.

³ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « représentation imparfaite » : « système de représentation dans lequel le représentant, tout en agissant pour autrui dissimule totalement ou partiellement au contractant sa qualité d'intermédiaire ».

le fruit d'une législation de la seconde moitié du XIX^e siècle »¹. Par la reconnaissance des droits de l'enfant, celui-ci est toujours l'objet de l'autorité de ses père et mère², il est aussi devenu un sujet de droit à part entière par sa qualité de personne juridique³. C'est la volonté d'articuler l'exercice de ses droits avec les prérogatives de ses parents et l'incapacité juridique qui a constitué le point de départ des « nouveaux droits » des enfants, fondés sur les notions d'incapacité et de représentation⁴. Reconnaître des droits sans lier la capacité juridique de l'exercer au discernement conduit à opposer aux enfants une incapacité de jouissance.

197. Il est avancé que ce sont les adultes qui exercent la plupart des droits relatifs à l'enfance et non l'enfant lui-même⁵. Ce postulat conduit à occulter peu à peu la place conservée par l'autorité, pour voir dans le parent le représentant de l'enfant dans ses droits. Si « l'enfant est partout [...] il n'existe pas, seul le mineur existe car notre droit lui reconnaît un statut même si celui-ci est étouffant »⁶. Cette évolution explique que, même dans le domaine extrapatrimonial, l'enfant apparaisse sous les traits du « mineur » et que le Code civil aborde l'autorité décisionnelle sur la personne⁷ par le biais de son exercice par la conclusion des actes juridiques et de ce fait par le prisme de la représentation légale⁸. Dans ce domaine fortement imprégné par les libertés individuelles, l'exercice des droits repose avant tout sur la volonté des personnes, laquelle, durant les premières années de leur vie, est substituée par celle de leurs parents par l'autorité⁹. Une fois la décision prise, encore faut-il que le parent agisse. Cette dualité dans l'action parentale se retrouve précisément dans la construction de l'autorité parentale, avec d'un côté l'autorité décisionnelle, et de l'autre la représentation légale, reprise dans chacune de ses deux subdivisions que ce soit l'autorité sur la personne ou l'administration légale¹⁰. Si certains droits extrapatrimoniaux se

¹ V. P. Bonfils et A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 16, n^{os} 29 et s. ; pour qui l'évolution a débuté sans que cela se traduise par la reconnaissance de droit subjectif, mais par la limitation et l'encadrement des droits parentaux. La référence à de la représentation à l'égard des droits avant que les enfants soient reconnus juridiquement comme sujets de droit nous semble quelque peu anachronique. Faute de droit propre à exercer pas de représentation sur ce point. Pour une vision contraire V. A. Gouttenoire, « Le statut juridique du mineur », *RLDC* 2011, supplément au n^o 87, p. 39 : « On a trop souvent pu entendre, ou lire, notamment au moment de l'adoption de la CIDE, que ce texte permettait enfin au mineur de passer du statut d'objet à celui de sujet de droit... Une telle affirmation confine à l'hérésie puisque le mineur est, et a toujours été, sujet de droit, et ce dès sa naissance, vivant et viable ; il est certes sujet passif, frappé d'une incapacité générale d'exercice dont le principe est posé par l'article 389-3 C. civ., mais sujet tout de même. ». Si nous rejoignons l'auteur sur le fait que l'enfant-mineur a toujours bénéficié en tant que personne de droits propres, il convient d'observer que le droit n'a pas de tout temps pris en compte cette réalité. Auquel cas, la reconnaissance de droits spécifiques pour les enfants-mineurs, les personnes vulnérables ou même l'évolution du droit des femmes apparaîtrait redondante.

² « Il est par ailleurs faux d'affirmer que le mineur n'est plus objet de droits. En effet, il a été, est, et restera pour son plus grand profit, objet de droits parentaux. L'ensemble des droits découlant de l'autorité parentale a en effet bien pour objet le mineur et une telle affirmation ne revient pas à faire de l'enfant une chose puisque les droits de l'autorité parentale sont des droits-fonction qui ont pour finalité l'intérêt de l'enfant. [...] Dans le cadre de l'autorité parentale, le mineur est seulement objet de droits et n'est titulaire d'aucun droit. » : A. Gouttenoire, « Le statut juridique du mineur », *op. cit.*

³ Pour cela il faut être né vivant et viable pour se voir reconnaître la personnalité juridique qui va permettre à l'individu de bénéficier des droits et de la protection reconnues aux personnes.

⁴ *Ibid.*

⁵ P. Bonfils, A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, pp. 91 s., n^{os} 135 s.

⁶ H. Hamaldi, « Le statut européen de l'enfant », *op. cit.*

⁷ Art. 371-1 al. 4 C. civ.

⁸ Art. 372-2 C. civ.

⁹ V. *supra* n^{os} 190 s.

¹⁰ V. *infra* n^{os} 283 s.

contentent de l'expression de la volonté¹, une part tout aussi importante implique, à un moment ou à un autre, la réalisation d'un acte juridique². « La représentation qu'ils assurent n'est pas seulement l'exercice matériel des droits de l'enfant, mais consiste également, et surtout, à prendre les décisions à sa place »³. La représentation légale en matière personnelle, bien que similaire à celle utilisée par l'administration légale, diffère dans l'importance qu'elle accorde à la volonté par rapport à la capacité qui n'en est que l'attribut. La difficulté de distinction entre le rôle de décideur exerçant l'autorité sur la personne et celui d'administrateur légal tient principalement au fait que ces deux rôles reviennent de plein droit aux mêmes personnes : les père et mère de l'enfant. Ces deux aspects de l'autorité parentale peuvent être exercés par deux personnes différentes⁴. Si l'autorité compense le manque de discernement de l'enfant et tend à voir en lui l'objet du droit de ses parents, la représentation pallie son incapacité juridique et envisage le mineur en tant que sujet de droit. Ces deux pouvoirs attribués aux père et mère permettent que l'incapacité d'exercice de l'enfant ne dérive pas en une incapacité de jouissance, pour que l'autorité parentale demeure une protection et non une « brimade »⁵. Si le mécanisme de représentation permet, comme en matière patrimoniale, à une personne désignée comme le représentant (père ou mère), de réaliser un acte juridique non seulement pour le compte ou pour le profit d'une autre, mais également de sorte que l'acte produise directement ses effets à l'égard du représenté (l'enfant)⁶, la représentation légale diffère ici des autres types de représentation juridique, car le parent n'exerce pas directement les droits personnels de son l'enfant, mais uniquement ceux qui lui sont accordés en vertu de son statut de parent. Cette représentation spécifique trouve sa source dans

¹ C'est notamment le cas lorsque la personne ne souhaite pas exercer un droit, ou lorsque son exercice débouche sur la réalisation d'un fait juridique. Dans ces deux hypothèses, la volonté suffit. Les droits en matière de sexualité en fournissent un bon exemple. Bien qu'il soit fait référence à l'« acte sexuel », les relations intimes ne sont en réalité qu'une succession de faits juridiques qui trouvent leur origine dans la volonté individuelle. Ce constat transparait notamment de l'article 222-22 du Code pénal qui condamne les agressions à caractère sexuel. Il est fait référence à la notion de « contrainte », laquelle est loin d'être anodine, car elle renvoie à une « entrave à la liberté d'action » (*Le petit Robert dictionnaire de la langue française*, éd. 2016, v. « contrainte » sens n°1), « Forcer, obliger quelqu'un à faire quelque chose, le réduire à agir contre son gré, soit par des voies légales, soit par violence ». (*Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « contraindre » sens n° 1).

² En matière de santé, v. *infra* nos 199 s.

³ A. Gouttenoire, « Le statut juridique du mineur », *op. cit.*, v. aussi : P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.* pp. 648 et 649, n° 1081 : « Il convient pour le moins de considérer que la représentation assurée par les parents de l'enfant est une représentation spécifique qui n'a pas pour unique fonction que pallier l'incapacité du mineur mais qui constitue également le moyen pour les parents d'assurer l'exécution des décisions fondées sur l'exercice de l'autorité parentale » (ce que nous désignons sous le terme d'« autorité » pour éviter toute confusion avec le mécanisme général de l'autorité parentale et ses composantes : l'autorité et la représentation).

⁴ C'est le cas par exemple avec la coexistence entre l'autorité parentale sur la personne de l'enfant et une tutelle aux biens. Dans cette hypothèse, le parent demeure seul décideur et représentant légal dans le domaine personnel mais perd ce rôle de représentant légal à l'égard des biens du mineur au profit du tuteur qui n'a pas vocation à intervenir en dehors de la gestion patrimoniale. Sur les difficultés générées par cette coexistence entre tutelle aux biens et autorité parentale, v. *infra* nos 614 s.

⁵ « Chacun sait que l'incapacité civile des mineurs, reconnaissance légale de leur état de faiblesse naturelle, est l'effet d'une politique de protection et non d'une quelconque gérontocratie. L'incapable n'est pas la victime d'une brimade, d'un sacrifice de l'individu à la société mais le bénéficiaire d'une mesure qui rétablit en sa faveur un équilibre des forces que la nature n'a pas encore réalisé », G. Cornu, « L'âge civil », in *Mélanges P. Roubier*, t. 1, Dalloz, 1961, p. 9.

⁶ *Idem* ; v. V. M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ 1982, § 44, 52, 88 et 127.

l'autorité, le parent est appréhendé en sa qualité de décideur, titulaire de l'autorité parentale et non en tant qu'administrateur légal de l'enfant¹.

2. *La capacité juridique, attribut de l'autorité du parent*

198. En matière personnelle, le parent décide non seulement pour son enfant, mais aussi agit pour lui dans tous les actes qu'il ne peut réaliser, faute d'exercer ses droits « simplement » personnels. À ce sujet, le Code civil organise cette représentation spécifique au domaine extrapatrimonial par l'article 372-2² qui dispose qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». Il serait possible de conclure que ce texte aborde exclusivement la question des actes juridiques, or, il esquisse également indirectement le mécanisme du fonctionnement de l'autorité parentale dans le domaine personnel et l'objectif de la représentation légale. Cette dernière est attribuée de plein droit aux deux parents pour réaliser les actes juridiques conformément à leur volonté émise dans le cadre de l'autorité. C'est à cela que le texte renvoie en évoquant l'« accord de l'autre », comme étant la volonté conforme de l'autre parent. Cette formulation fait référence à la codécision³ qui imprègne l'exercice de l'autorité préalable à tout acte juridique sur l'enfant. Cette référence résulte de l'évolution récente de la législation en faveur d'un exercice conjoint comme mode de fonctionnement normal de l'autorité parentale⁴. Cela implique que les deux parents soient capables de nouer un dialogue dans l'intérêt de leur enfant. Ce n'est qu'à cette condition que la décision conjointe pourra aboutir à un acte juridique⁵. L'acte n'apparaît que dans un second temps comme l'issue et la confirmation d'une volonté parentale concordante. Les tiers de bonne foi sont légalement dispensés de réclamer la preuve de cette

¹ V. P. Bonfils et A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1078, pp. 646 et 647 : « Ainsi, pourrait-on admettre que le titulaire de l'autorité parentale agit dans le domaine extrapatrimonial tandis que l'administrateur légal est compétent pour le domaine patrimonial ».

² Cet article figure dans la sous-section du Code civil consacrée à l'exercice de l'autorité parentale et non à celle de l'administration légale qui est régie par les articles 382 et suivant de ce Code.

³ A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, n° 135 : « Égaux en droits et en devoirs, les père et mère disposent des mêmes pouvoirs qu'ils sont appelés à mettre en œuvre conjointement. Toute décision suppose donc en principe l'accord des deux parents : il y a exercice conjoint - et non pas concurrent - de pouvoirs identiques ».

⁴ V. loi n° 70-459 du 4 juin 1970 qui a instauré une égalité d'exercice des père et mère en matière d'autorité parentale ; M. Forgit, « L'exercice conjoint de l'autorité parentale dans la famille naturelle », *Dr. fam.* n° 5, 01 mai 1997, pp. 5 à 7 ; F. Monéger « Autorité parentale conjointe. Solution de principe », *RDSS*, 1995, p. 827 ; ainsi que la Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui a supprimé toutes différences entre le père et la mère dans l'exercice de l'autorité parentale. V. A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, nos 135 et s. ; M. Juston « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », *Gaz. Pal.* n° 223, 11 octobre 2006, pp. 2-9 ; J. Rochfeld, « Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale », *RTD. civ.* 2002, p. 377 ; F. Dekeuwer-Défossez, « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM* 2004, n° 12, p. 99.

⁵ A. Guineret-Brobbe Dorsman et S. Sire, « Maman dit oui, papa aussi ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *LPA* 2003, n° 64, p. 5

concertation préalable si l'acte qui en résulte n'est qu'« usuel »¹, l'accord de l'un laisse présumer l'accord de l'autre². Cette formulation qui ne définit pas l'acte usuel suggère qu'il existe au-delà de cette catégorie d'autres actes susceptibles d'intervenir en matière personnelle, permettant par élimination de délimiter le caractère usuel ou non d'un acte. La seconde catégorie se déduit d'une interprétation *a contrario* de l'article et est composée des actes « non usuels », aussi qualifiés de « graves »³, à savoir, tous les actes dont « les décisions qui supposeraient en l'absence de mesure de garde, l'accord des deux parents, ou qui encore, en raison de leur caractère inhabituel ou de leur incidence particulière dans l'éducation et la santé de l'enfant, supposent une réflexion préalable sur leur bien-fondé »⁴. Si cette citation offre une délimitation de la notion de gravité, notons qu'elle donne une description pertinente de l'exercice de l'autorité. Il s'agit d'une réflexion marquée par la subjectivité des parents quant au « bien-fondé » de l'acte envisagé. Ce fonctionnement marqué par la subjectivité de son titulaire confirme la nature éminemment personnelle de ce droit. L'aptitude à décider prime ici sur la capacité de passer l'acte lui-même. Le pouvoir de représentation légale en matière personnelle s'accorde sur le pouvoir de décision reconnu aux père et mère, ce qui en fait un attribut de l'autorité.

199. Il existe une troisième catégorie d'actes qui ne figure pas encore explicitement dans la législation concernant les mineurs. Il s'agit de ceux dont la nature implique « un consentement strictement personnel »⁵, qui signifie que la décision, subordonnée au discernement, ne peut émaner que de la personne elle-même, en tant que titulaire du droit exercé. L'acte revêt une nature identique à la décision à laquelle il se rattache, si bien que lorsque la décision est éminemment personnelle, il devient lui-même éminemment personnel. Comme pour la décision qui écarte l'autorité, les actes juridiques liés ne pourront être réalisés par représentation légale qui en est l'attribut. Le parent-mineur, peut donc, dans ce cas, exercer personnellement les droits résultant de son statut de parent. En l'absence de texte

¹ V. G. Cornu, « L'âge civil », in *Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, t. 2, 1961, pp. 9 s. : « Il s'agit là d'une de ces notions-cadres auxquelles le législateur contemporain a souvent recours en droit de la famille : plutôt que de dresser une liste nécessairement incomplète, il utilise une catégorie générale, une « enveloppe », dont le juge est chargé de définir le contenu au fil des espèces » ; A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, n°s 137 et s. ; pour une définition de l'acte usuel V. CA d'Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, n° RG 11/00127, *D.* 2012, p. 2267, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, rendu en matière d'assistance éducative : pour les juges les actes usuels sont les actes de la vie « quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principe essentielle et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une pratique antérieure non contestée » ; pour une délimitation plus détaillée de l'acte usuel en matière de santé V. M. Dupont et C. Ray-Salmon, *L'enfant & l'adolescent à l'hôpital*, presse de l'EHESP, 2014, p. 32 ; D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2019, n° 607, p. 532.

² Cet article est très riche car il expose à la fois le mécanisme de l'autorité parentale en matière personnelle et aborde la responsabilité des tiers dans l'hypothèse d'un conflit parental sur la décision de recourir à un acte usuel ; voir par exemple sur la jurisprudence traitant de la circoncision rituelle : J. Hauser « Exercice conjoint de l'autorité parentale et personne de l'enfant : la circoncision n'est pas un acte usuel » *RTD civ.* 2008, p. 99 ; CA Paris, 29 septembre 2000, *Juris-Data* n° 2000-145100 ; *D.* 2001, p. 1584, qui refuse de qualifier l'acte d'usuel ; v. *contra* : TGI Paris, 6 novembre 1973, *Gaz. Pal.* 1974, I, jurispr. p. 299.

³ V. le rapport de : M.-A. Chapdelaine, sur la proposition de loi n° 1856, *relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, Assemblée nationale n° 1925, du 7 mai 2014, p. 14. (Proposition qui n'a pas été retenue) qui avait pour volonté de qualifier ces actes d'« importants ». Cette catégorie reprenait la définition donnée par la jurisprudence pour l'acte grave, à savoir : « un acte qui rompt avec le passé et engage l'avenir de l'enfant ou qui touche à ses droits fondamentaux ». L'objectif était de permettre une codification afin d'accroître la visibilité et l'accessibilité (compréhension) de cette catégorie par les personnes susceptibles de prendre l'enfant en charge.

⁴ Toujours selon l'arrêt CA d'Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, *op. cit.*

⁵ Ex. *supra* n°s 61, 68, 79 ; article 458 C. civ. pour les majeurs protégés.

contraire, seule l'absence de discernement permet de faire échec à l'exercice personnel des droits éminemment personnels. Parmi cette catégorie figurent les droits liés au statut de parent, le parent-mineur titulaire de l'autorité parentale est en droit et dans l'obligation de prendre toutes les décisions sur la personne de son enfant¹, comme de le représenter dans tous les actes intervenant dans ce cadre, qu'ils soient d'une nature usuelle ou non usuelle². Tous les actes relatifs à la personne de l'enfant du mineur échappent par nature à l'autorité auquel le parent demeure soumis personnellement. Le parent-mineur est amené à réaliser des actes qui se heurtent à son incapacité personnelle lorsqu'ils concernent sa personne, sauf à invoquer le secret médical opposable à ses parents de l'article L. 1111-5 du Code de la Santé publique. Que nous soyons face à un couple parental composé de deux mineurs ou d'un(e) mineur(e) et d'un(e) majeur(e), l'exercice de l'autorité et la représentation légale sur la personne de l'enfant se feront selon les mêmes modalités que dans le cadre d'un couple parental composé exclusivement de personnes majeures. Dans l'éventualité d'un couple mixte majeur/mineur, la volonté du parent majeur n'aura pas vocation à pallier ni l'immaturité, ni l'incapacité du parent-mineur. La coparentalité de l'exercice de l'autorité confère à l'action du parent-mineur une valeur identique à celle de l'autre parent majeur. Cette autonomie se trouve limitée à la personne de son enfant et ne peut être transposée à l'intégralité de ses droits personnels pour lesquels le parent continue d'être considéré comme un mineur.

§ 2 : L'articulation des droits de l'enfant avec l'autorité parentale

200. Cette autonomie reconnue aux mineurs en raison de leur filiation trouve sa limite dans le même droit d'autorité dont bénéficient toujours ses propres parents sur sa personne. Pour cette raison, il convient d'envisager à la fois l'exercice de l'autorité du parent-mineur sur son enfant et celle des parents sur le parent-mineur. Cette superposition d'autorité émane de la nature spécifique de ce droit qui entretient un lien étroit avec les personnes assumant le rôle parental. L'exercice de l'autorité par les parents occulte les droits « simplement personnels » dont l'enfant est lui-même titulaire, tandis que les droits intimement liés à sa personne échappent par nature à l'autorité dont ils sont eux-mêmes l'objet en leur conférant une véritable autonomie dans l'exercice de ces droits. Cette construction juridique conduit à créer des situations paradoxales, dont les exemples les plus marquants se retrouvent particulièrement dans le domaine de la santé. L'étude du pouvoir de décision se révèle d'autant plus intéressante qu'ici, le droit a connu une évolution simultanée en 2002 tant en matière de santé que sur

¹ En raison du lien étroit qui existe entre l'exercice de ce droit et le statut de parent ; v. *supra* n°192.

² F. Rogue « L'enfant du mineur à l'épreuve du droit de la santé », *RDSS* 2016, p. 722 : « Cette autonomie se manifeste également dans la liberté de la femme mineure de choisir, avec le père de l'enfant, le nom de famille porté par le nouveau-né. Surtout, la femme mineure est titulaire et exerce l'autorité parentale sur son enfant, avec le père de l'enfant si sa filiation a été établie, mais sans intervention aucune de ses propres parents ».

le fonctionnement général de l'autorité parentale¹. Cette réforme rappelle le rôle central du parent à l'égard de la décision médicale, tout en reconnaissant des droits personnels à toute personne malade, enfants compris. Les parents-mineurs gouvernent la personne de leur enfant (A), tout en dépendant eux-mêmes de la volonté de leurs parents (B).

A- L'autonomie du parent-mineur dans la gouvernance de la personne de son enfant

201. En acceptant la charge découlant de son lien de filiation, le parent-mineur bénéficie de l'autorité sur la personne de son enfant, qu'il doit exercer personnellement². Les deux lois intervenues le 4 mars 2002, que ce soit sur la réforme du droit des malades ou celle de l'autorité parentale, se réfèrent explicitement à la notion de « décision », laquelle échappait jusqu'à présent au droit qui ne l'appréhendait qu'indirectement au travers de sa concrétisation par le biais du consentement à l'acte juridique³. En consacrant la décision comme élément de l'expression de la volonté des personnes, elle est devenue le socle de l'exercice des droits en matière personnelle et influe directement sur le fonctionnement de l'exercice de l'autorité parentale. En raison de son statut de parent, le mineur pourra de plein droit prendre toutes les décisions qu'il jugera nécessaires pour préserver la santé de son enfant. Ce statut conduit, dans cette situation, à faire présumer l'aptitude du parent ainsi que sa maturité pour réaliser les choix sur la santé de son enfant (1) et le cas échéant, à lui accorder la capacité pour représenter son enfant dans tous les actes médicaux pris conformément à la décision médicale. Ce constat implique que le parent-mineur puisse bénéficier d'une capacité juridique dès qu'il agit en tant que parent (2).

1. L'autorité du parent-mineur dans les décisions relatives à la personne de son enfant

202. Dans le cas des parents-mineurs, il est question de parents dont l'enfant n'est encore qu'au stade d'*infans*⁴. Dans cette configuration, les parents bénéficient d'une plus grande liberté dans l'exercice de leur autorité, car la volonté et les droits de leur enfant n'apparaîtront pas faute pour lui d'avoir l'aptitude pour s'exprimer de manière raisonnable. En l'absence d'une maturité suffisante, sa volonté ne pourra pas concurrencer celle exprimée par son parent et intervenir dans l'exercice de l'autorité dont il est

¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *JO*, 5 mars 2002, p. 4118 ; concl. D. Truchet, *RDSS*, 2002. 817 ; M.-L. Moquet-Anger « Le droit des personnes hospitalisées », *RDSS* 2002, p. 657 ; M. Harichaux « Les droits à l'information et consentement de l'"usager du système de santé" après la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 », *RDSS* 2002, p. 673 ; ainsi que la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* 5 mars 2002, p. 4161, texte n° 3.

² Art. 376 C. civ. qui prive d'effet toute cession ou renonciation réalisée en dehors d'un jugement.

³ V. sur la question de la décision médicale : P. Lokiec « La décision médicale », *RTD. civ.* 2004, p. 641. : « Cet assentiment, qui procède aujourd'hui des articles 16-3 du C. civ. et L. 1111-4 CSP, s'analyserait comme une décision de sa part [du patient], ce qui expliquerait qu'il s'accommode difficilement de l'analyse contractuelle. ». La décision médicale et le consentement du patient sont appréhendés comme une « liberté fondamentale » par le Conseil d'État, v. CE ord. 16 août 2002 Mme X. et Mme Y., in *Rep. civ. et assur.*, décembre 2002, p. 4 : « Considérant que le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale ».

⁴ Qui signifie littéralement « qui ne parle pas » et désigne le jeune enfant ou le nourrisson.

l'objet. En 1994, les lois bioéthiques¹ ont introduit dans le Code civil le principe selon lequel « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne [...]». Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement, sauf dans le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir »². Quelques années plus tard, la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine³ a dégagé l'exercice de ce droit concernant les personnes vulnérables. Pour cela, elle se réfère à la convention internationale des droits de l'enfant de 1989⁴ et souligne que « lorsque, selon la loi, un mineur n'a pas la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi. L'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant en fonction de son âge et de son degré de maturité »⁵. Cette vision a été transposée le 4 mars 2002 dans la législation française⁶ au travers de l'article 371-1 du Code civil⁷ qui donne une nouvelle définition à l'autorité parentale. Elle est décrite comme un ensemble de droits et de devoirs appartenant aux parents et dont la finalité est l'intérêt de l'enfant, pour le protéger dans sa santé et dont les modalités spécifiques de l'exercice de ce droit parental en matière de santé ont été définies le même jour au sein de la législation spéciale du Code de la Santé publique⁸.

203. Avant d'aborder l'organisation même de cet exercice, il est important de souligner l'apport général de cette loi de Santé en matière personnelle. Ce texte modifie l'organisation de la relation médicale qui était jusqu'à présent envisagée exclusivement à travers le prisme du contrat. La « décision médicale » a été promue au rang de notion juridique. Elle est devenue le préalable à tout

¹ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JO 30 juillet 1994, p. 11056.

² Art. 16-3 C. civ.

³ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4.IV.1997, *Série des traités européens*, n° 164

⁴ Spéc. art. 12.

⁵ Art. 6, 2° alinéa 1 de la convention. Ici encore il semble à première vue qu'il y ait une confusion entre autorisation expression de la volonté prise dans le cadre de l'autorité et la représentation de l'enfant dans ses droits, sauf à considérer que la notion de représentant ne désigne pas le parent en tant que représentant, mais un éventuel tuteur, le parent relevant de la catégorie des « personnes désignées par la loi ».

⁶ L'année 2002 a été une année charnière pour les droits des enfants en matière de santé, car beaucoup de pays ont fait évoluer leur législation pour reconnaître les droits des patients. Tout comme la France, il a été nécessaire d'organiser la coexistence entre la volonté de l'enfant et celle de son protecteur. V. pour exemple la loi espagnole relative à l'autonomie du patient et aux droits et devoirs en matière d'information et de document clinique, n° 41/2002, du 14 novembre 2002 ; G. Garcia « El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado », *Aranzadi, Cizus Menor*, 2004, p. 62 ; la loi belge du 22 août 2002 « relative aux droits du patient » ; G. Schamps « Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge », in *Adolescent et acte médical, regard croisés*, B. Feuillet-Liger et R. Ida (dir.), éd. Bruylant, 2001.

⁷ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *op. cit.*

⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *op. cit.*

acte médical¹ et de ce fait, au contrat lui-même. Cette évolution a permis de reconnaître à tout patient « un droit de gouvernance sur son propre corps. Il est celui qui doit vivre avec l'invasion médicale et avec ses conséquences. [...] Cette notion de décision médicale désormais au centre de la relation de soin est l'expression des droits individuels qui forgent la démocratie sanitaire »². Dorénavant, « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé »³, « on doit ainsi pouvoir distinguer la volonté elle-même du consentement qui n'en est que la manifestation. [...] Le consentement assure le passage de la délibération interne à la conscience à la décision, décision qui engage. »⁴. La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades a opéré cette distinction en séparant le consentement à l'acte médical du consentement au contrat médical.

204. Le consentement au contrat, obligation contractuelle du médecin, ne faisait dorénavant plus présumer le consentement à l'acte médical, expression des droits reconnus à la personne malade⁵. Ce droit de décision revient aux parents. L'enfant, quant à lui, voit son rôle aménagé et son intervention limitée à un simple avis, conformément aux dispositions du Code civil qui demande aux parents à ce qu'il soit associé « aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »⁶. C'est de la volonté des parents et non de l'enfant qu'émerge la décision médicale, car il « doit se laisser guider par celle [la volonté] de son père⁷ ou de son gardien qui est chargé de comprendre à sa place »⁸. Le consentement en matière médicale doit être donné de manière libre et éclairé, ce qui signifie que la décision est subordonnée à la délivrance d'une information préalable. C'est l'article L. 1111-2 du Code de la Santé publique qui en organise l'exercice et prévoit dans son alinéa 5 que « les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur ». L'information est destinée aux père et mère de l'enfant pour

¹ Il faut entendre la notion d'« acte médical » non pas au sens d'acte juridique et de contrat. Depuis la loi du 4 mars 2002, l'acte médical semble distinct du contrat médical. Le patient peut en effet consentir à l'acte envisagé indépendamment des termes du contrat médical ; v. sur ce point : A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF, coll. Thémis droit, 3^{ème} éd., novembre 2012, p. 360, n° 335. L'acte médical fait référence aux actes de traitement, de prévention (exemple un test de dépistage), ainsi que les éventuels actes de convenance personnelle. En conséquence, la notion d'acte médical semble renvoyer depuis 2002 à des faits juridiques et non plus à des actes juridiques en tant que tel, comme cela pouvait être le cas dans le passé ; J.-P. Viennois, « La représentation de l'enfant dans le contrat médical », *RGDM*, n° 17, 2005 ; v. ex. : art. R. 1112-34 CSP, qui dispose que : « L'admission d'un mineur est prononcée, sauf nécessité, à la demande d'une personne exerçant l'autorité parentale ou de l'autorité judiciaire. » ou encore l'art. R. 1112-35 de ce même Code qui énonce que : « si lors de l'admission d'un mineur il apparaît que l'autorisation écrite d'opérer celui-ci, et de pratiquer les actes liés à l'opération ne pourrait en cas de besoin être obtenue à bref délai de ses père, mère ou tuteur légal en raison de leur éloignement, ou pour toute autre cause, ceux-ci doivent, dès l'admission du mineur, signer une autorisation d'opérer et de pratiquer les actes liés à l'opération. Dans le cas où les père, mère ou tuteur légal sont en mesure de donner une autorisation écrite à bref délai, celle-ci leur est demandée aussitôt qu'une intervention chirurgicale se révèle nécessaire. ».

² A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, *loc. cit.*

³ Art. L. 1111-4 al. 1 CSP.

⁴ CNCDH, Ass. plén., avis sur le consentement des personnes vulnérable du 16 avril 2015 ; v. aussi M.-A. Frison-Roche, « Distinction volonté et consentement en droit des contrats », *RTD. civ.*, 1995, p. 573.

⁵ A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, *loc. cit.* ; v. aussi : M. Harichaux : « Les droits à information et consentement de "l'usager du système de santé" après la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 », *RDSS* 2002, p. 673.

⁶ Art. 371-1 al. 4 C. civ. issue de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *op. cit.*

⁷ Que nous pouvons actualiser en substituant à ce terme celui de « parents ».

⁸ J. Locke, *Traité du Gouvernement civil*, *op. cit.*, § 61.

faciliter leur prise de décision. La formulation choisie par le législateur apparaît maladroite et marque la divergence entre le droit spécial de la santé et le fonctionnement de l'autorité parentale tel qu'il est envisagé par le Code civil. Cette confusion tient probablement de la volonté de regrouper « mineur » et « majeur protégé » dans une seule et même phrase. Par cette association, le législateur a dû restreindre sa vision d'un droit à l'information lié au droit de l'incapacité. Cela permettrait d'expliquer pourquoi il considère que les titulaires de l'autorité parentale exercent le droit à l'information de leur enfant en tant que représentant légaux¹, bien que cette conclusion soit contraire au fonctionnement de l'autorité parentale, car l'information s'inscrit avant tout dans la décision antérieure à l'acte juridique et indépendante de toute représentation.

205. La santé relève du domaine personnel, ce qui dans le cas des enfants implique l'intervention du mécanisme d'autorité exercé de plein droit par les père et mère², et dont il n'existe aucun équivalent envers les personnes majeures, car en dépit de leur vulnérabilité, elles n'en demeurent pas moins majeures³. Le législateur entretient la confusion sur le fonctionnement de l'autorité parentale en matière personnelle, étant donné que le droit spécial s'écarte du fonctionnement de l'autorité décrit dans le Code civil. Cette formulation se révèle doublement incohérente. L'article L. 1111-2 du Code de la Santé publique poursuit en ces termes « les intéressés [les enfants mineurs] ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant ». De cette façon, un seul et même droit pourrait être exercé simultanément par son titulaire, l'enfant, ainsi que par le parent grâce au biais de la représentation. Ce constat revient à défendre un paradoxe selon lequel la loi reconnaît à la fois l'aptitude de l'enfant à exercer personnellement son droit, tout en le considérant inapte en lui imposant la représentation de son parent pour pallier son incapacité à exercer ce même droit... La seule explication cohérente serait que contrairement à ce qui est écrit, le parent n'agit pas en représentation de l'enfant dans ses droits, mais exerce un droit à l'information qui lui est personnel, car rattaché à l'exercice de son autorité. L'enfant et son parent exercent tous deux des droits qui leur sont propres et qui peuvent se révéler, dans certaines circonstances, concurrents.

206. Cette interprétation est confirmée par l'organisation de l'accès au dossier médical qui compile les informations sur l'état de santé de la personne avec toutes les décisions médicales prises antérieurement. Cet instrument joue un rôle essentiel dans le diagnostic ainsi que pour l'élaboration de

¹ Pour une critique du rapprochement législatif entre l'enfant-mineur et le majeur vulnérable : v. J. Hauser, « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA*, n° 52, 2002, p. 4.

² La référence faite par le législateur « aux titulaires de l'autorité parentale » marque ici encore une incompréhension du mécanisme de l'autorité parentale. Seuls les parents ayant reconnu l'enfant sont en effet titulaires de ce droit, son exercice pouvant revenir à une personne autre que le titulaire. Ce tiers sera amené à décider pour l'enfant à la place du parent, il doit être le premier destinataire de l'information sur la santé de l'enfant. Il conviendrait donc de se référer à l'exercice et non plus à la titularité du droit.

³ Sauf éventuellement à chercher du côté de la tutelle en matière personnelle dont le fonctionnement se rapproche de l'exercice de l'autorité parentale. Cette comparaison ne résiste pas au constat selon lequel les parents ne sont libres dans l'exercice de leur autorité sous réserve de préserver l'intérêt de leur enfant, alors que le conseil de famille, organe décisionnel des orientations générales de la tutelle, doit non seulement veiller à préserver l'intérêt de l'enfant, mais aussi tenir compte de la volonté que les parents avaient pu exprimer (art. 401 C. civ.). La tutelle s'inscrit dans la continuité et le respect de l'autorité des parents.

la décision médicale¹. Il n'est plus seulement considéré comme un simple outil à la disposition du médecin et voit son accès étendu au patient lui-même. S'agissant des enfants, l'article L. 1111-7 alinéa 5 du Code de la Santé publique prévoit que « le droit d'accès est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale ». Ici encore, le choix sémantique adopté par le législateur entretient la confusion sur les mécanismes de l'autorité parentale, pour autant, l'article fait référence aux « titulaires de l'autorité parentale »² entendu comme les personnes exerçant l'autorité parentale et non aux représentants légaux³. Cette référence aux « titulaires de l'autorité parentale » s'explique éventuellement en raison de l'article 373-2-1 alinéa 4 du Code civil qui prévoit que « le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier ». Le parent, même sans exercer l'autorité, peut accéder aux informations sur la santé de son enfant. Le Code civil reconnaît un droit propre du parent à l'information, alors pourquoi se contredire dans le Code de la Santé publique en considérant qu'il exerce les droits de son enfant ? Ce constat renforce le sentiment de tâtonnement du législateur et ses difficultés à démarquer les droits de l'enfant de ceux de ses père et mère⁴. Ces difficultés traduisent un problème de fond sur l'articulation entre les dispositions générales du Code civil et celles spécifiques du Code de la Santé publique, ces questions pouvant se retrouver à l'égard des majeurs protégés⁵ et dont la règle de *specialia generalibus derogant*⁶ ne permet pas toujours d'apporter des réponses satisfaisantes⁷. Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse du droit général ou spécial, seul le parent bénéficie d'un accès direct au dossier de son enfant. L'idée que l'information du parent s'inscrit dans le cadre d'un droit qui lui est personnel, est renforcée par le constat que l'enfant ne peut interdire l'accès du parent à l'intégralité de son dossier étant donné que cela porterait une atteinte manifestement excessive à son droit d'autorité⁸, car faute d'information, celui-ci n'est plus apte à décider de manière éclairée. Ceci

¹ Cet accès du patient à son dossier a été reconnu par la loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 concernant les établissements publics et les cliniques et l'article 45 du Code de déontologie médical concernant l'exercice libéral. Cette consultation ne se faisait que par l'intermédiaire d'un médecin désigné par la personne. Pour l'accès direct de la personne à son dossier, il faut attendre la loi du 4 mars 2002 et la consécration des droits des personnes malades ; v. aussi : A. Laude, « L'accès au dossier médical », in C. Kouchner, A. Laude et D. Tabuteau, rapport sur les droits des malades 2007-2008, *Presses de l'EHESP*, 2009, spéc. pp. 13 et s.

² L'article R. 1111-1 du CSP utilise une formulation encore plus confuse et se réfère à « la personne ayant l'autorité parentale », alors que d'autres se réfèrent à l'exercice de l'autorité parentale ainsi qu'aux père et mère ; ex. : art. R. 1112-34 et s. CSP. Une certaine incompréhension du mécanisme d'autorité parentale au sein du Code civil est entretenue par un législateur qui semble ne plus savoir si le parent exerce un droit qui lui est personnel ou représente son enfant dans l'exercice de ses droits.

³ V. sur ce point : F. Rogue « L'enfant du mineur à l'épreuve du droit de la santé », *RDSS* 2016, p. 722 ; car ce droit s'inscrit dans une décision à l'égard de la personne de l'enfant, le législateur se réfère en réalité à l'exercice de l'autorité et non pas à sa titularité. Cette interprétation semble être celle adoptée par la CADA dans ses avis rendus à ce sujet, v. *infra* n° 208.

⁴ « Il faut préciser, enfin, - et le trait est essentiel - que les lois-sièges du droit applicable au mineur portent la marque de la diversité non seulement de ces divers aspects, mais aussi de celles des préoccupations particulières des ministères rédacteurs et défenseurs des projets, et des disciplines dans lesquelles leurs textes s'insèrent », J-P Gridel, « l'acte éminemment personnel du mineur », in « Le mineur en droit privé : son patrimoine et l'acte éminemment personnel », H. Lecuyer et J-P Gridel, *Gaz. Pal.*, 22 mars 2003, n° 81, p. 2.

⁵ Ex. : F. Arhab-Girardin, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de la Santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009, p. 875 ; J. Hauser, « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA* n° 52, 2002, p. 4 ; T. Fossier, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP* 2003, I, 135, p. 931.

⁶ « Les lois spéciales dérogent aux lois générales ».

⁷ N. Peterka, « Plaidoyer pour une protection plus respectueuse des personnes vulnérables », *D.* 2018, p. 2146.

⁸ Seul un secret circonstancié de l'article L. 1111-5 CSP ou la mise en place d'un accès indirect au dossier peut limiter le droit du parent concernant la santé de son enfant.

signifie que le droit de l'enfant diffère sensiblement du droit de son parent. Or, un représentant ne peut en principe avoir davantage de droits que la personne qu'il représente, sauf s'il ne s'agit pas d'une simple représentation, mais de l'exercice d'un droit propre attribué au parent.

207. Transposé à notre hypothèse, les parents-mineurs bénéficieront de plein droit comme tout parent d'un accès direct au dossier médical de leur enfant. Accès qui ne pourra pas se voir restreint, faute pour l'enfant d'être en capacité de demander les restrictions qui lui sont offertes par l'article L. 1111-5 et L. 1111-7 du Code de la Santé publique, compte tenu de son âge et de son manque de discernement. Ce droit ne saurait revenir aux grands-parents qui ne peuvent se prévaloir de l'autorité qu'ils détiennent sur le parent-mineur pour accéder aux informations sur la santé de leur petit-enfant, car cet accès est avant tout un droit propre du parent lié à l'autorité qu'il exerce sur son enfant en raison de son lien de sa filiation. L'information est l'attribut de l'autorité, droit éminemment personnel, pour lequel le parent-mineur bénéficie d'une autonomie juridique qui permet un exercice personnel de ce droit. Les parents du parent-mineur se verront systématiquement refuser la communication des informations contenues dans le dossier médical de leur petit-enfant¹. Cette conclusion a été confirmée lors d'un avis rendu par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) lors de la séance du 14 octobre 2010². En l'espèce la commission a rendu un avis sur le caractère communicable à la grand-mère paternelle du dossier médical d'un enfant dont les deux parents, mineurs, vivaient chacun au domicile de leurs parents respectifs. La commission a considéré « que les parents mineurs d'un enfant doivent être regardés comme détenant et exerçant l'autorité parentale sur ce dernier au sens et pour l'application des dispositions du Code de la Santé publique mentionnées ci-dessus³. Par suite, seuls ces derniers peuvent avoir accès au dossier médical de leur enfant. Les grands-parents de celui-ci, qui ne sauraient détenir directement l'autorité parentale sur lui et qui, bien qu'ils représentent légalement le père ou la mère mineur, n'ont pas vocation à l'exercer [l'autorité] en leur nom, n'ont aucun droit d'accès au dossier de l'enfant ». L'information et les décisions qui en résultent échappent par nature à l'autorité que les grands-parents continuent d'exercer sur le parent-mineur. Le parent-mineur bénéficie d'une véritable autonomie dans l'exercice de son autorité qui se lie de plein droit avec sa personne et qui en fait un droit éminemment personnel. Cette autonomie se répercute dans tous les attributs liés à ce droit, que ce soit le droit à l'information ou la représentation légale pour la réalisation des actes juridiques.

2. La capacité parentale du parent-mineur

208. La prise de conscience des droits de l'enfant a débuté avec la déclaration de Genève de 1924 adoptée par la Société des Nations. L'intention à l'origine de ce premier texte était orientée vers

¹ Sauf à ce que le grand-parent exerce l'autorité parentale sur la personne de l'enfant dans le cadre d'une délégation ou d'une décision judiciaire. Art. 377 et s. C. civ.

² CADA, conseil n° 20103989, Directeur du centre hospitalier René Dubos, séance du 14 octobre 2010, disponible : <http://www.cada.fr/conseil-20103989,20103989.html>.

³ L. 1111-7 et R. 1111-1 CSP.

l'affirmation des devoirs de l'adulte par rapport à l'enfant, plutôt que la consécration de droits propres à l'enfant¹. Les bases posées, ce texte revendiquait le droit pour les enfants de bénéficier d'une assistance et d'une protection suffisante pour garantir leur développement². En raison de son caractère non contraignant, il faudra attendre la CIDE³ du 20 novembre 1989 pour que survienne une véritable prise de conscience sur la place occupée par les droits dont les enfants sont eux-mêmes titulaires en tant que personne juridique⁴. Cette reconnaissance a fortement marqué le domaine personnel, et tout particulièrement la protection de la santé dont les répercussions se sont faites ressentir dans l'appréhension même de l'exercice de l'autorité par le parent. L'interprétation de ce texte conduit à tort, à considérer que le rôle dévolu au parent se réduit à celui d'un simple représentant légal exerçant les droits dont l'enfant est devenu titulaire, mais dont l'incapacité fait obstacle à un exercice personnel jusqu'à sa majorité civile, confusion qu'il est possible de constater dans la rédaction de la loi Kouchner du 4 mars 2002⁵. Si la protection de la santé des enfants ne dépend plus exclusivement du droit de leurs parents et s'en distingue partiellement, elle n'efface pas pour autant le rôle que continue d'occuper l'autorité en ce domaine. La place centrale attribuée à la volonté dans l'exercice des droits extrapatrimoniaux en a été renforcée, car il s'agit moins en l'espèce de pallier l'incapacité d'un enfant que de permettre l'expression d'un choix conforme à ses intérêts. C'est toujours au parent dans le cadre de l'exercice de son droit personnel d'autorité qu'incombe l'expression du consentement requis pour légitimer l'acte médical. Le rôle de représentant légal du parent en matière personnelle et sanitaire est en réalité cantonné aux actes juridiques et non aux droits dont l'enfant est titulaire. L'exercice des droits de l'enfant par le parent est superflu, car ils font écho à des droits dont il dispose déjà via son autorité parentale. Les droits extrapatrimoniaux de l'enfant et le droit d'autorité des parents font l'objet d'aménagements pour permettre la coexistence des différentes volontés exprimées par leurs titulaires. Ces aménagements légaux consistent en une gradation de l'expression de ces volontés. Nous serions donc en matière personnelle, face à des droits concurrents qui durant la petite enfance vont inévitablement coïncider faute pour l'enfant de disposer d'un discernement suffisant lui permettant d'exprimer une volonté propre susceptible d'influer sur la décision. Durant cette période, les droits des père et mère occultent parfaitement ceux de leur enfant. Ce n'est qu'avec l'âge et l'acquisition du discernement que sa volonté se révèle soit convergente, soit divergente avec celle exprimée par son parent. Cette acquisition permet à l'enfant d'occuper progressivement sa place de sujet de droit et de

¹ E. Verhellen, *La Convention relative aux droits de l'enfant : contexte, motifs, stratégies, grandes lignes*, éd. Garant, 1999.

² Art. 2 : « L'enfant qui a faim doit être nourri ; l'enfant malade doit être soigné ; l'enfant arriéré doit être encouragé ; l'enfant dévoyé doit être ramené ; l'enfant orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus ».

³ Convention internationale des droits de l'enfant.

⁴ L'impact direct de cette convention s'avère limité, car seuls deux articles bénéficient d'une application directe au sein de la législation nationale depuis deux arrêts de 2005 : 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, n° 02-20.613 et 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 211, n° 02-16.336 ; v. *JCP* 2005, II, p. 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *Dr. fam.* 2005, comm. p. 156, obs. A. Gouttenoire ; *Defrénois* 2005, pp. 1418 et 1493, obs. J. Massip ; *JCP* 2005, II, p. 10115, concl. C. Petit et note C. Chabert ; rapport annuel de la Cour de cassation, « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », 2009, *La Doc. fr.*

⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *op. cit.*

ne plus se contenter d'être l'objet du droit de ses parents. Ce constat nous amène à conclure que le parent exerce moins les droits reconnus à son enfant que les droits rattachés à son statut. Le droit positif organise non pas une représentation de l'enfant par le parent, mais une gradation des consentements pour permettre la coexistence des volontés exprimées, tant par le parent-mineur que par ses parents¹. La représentation légale est limitée aux actes juridiques liés à la décision prise dans le cadre de l'autorité, car il est essentiel que l'acte produise ses effets non pas sur le parent mais directement sur le représenté. Cette représentation, bien que similaire en de nombreux points à l'administration légale², décrite aux articles 382 et suivant du Code civil, s'en détache sur certains aspects, principalement en raison de leurs domaines d'action respectifs³. Elle apparaît en matière personnelle à l'article 372-2 du Code civil et relève de la définition donnée par l'article 388-1-1 du Code civil⁴. Cette représentation légale du parent en matière personnelle ne concerne que deux types d'actes juridiques qualifiés respectivement soit d'« usuels », soit de « non usuels »⁵. Contrairement au domaine patrimonial, l'enfant ne dispose pas de capacité juridique à l'égard des actes juridiques « usuels »⁶. Ces actes sont explicitement attribués à l'autorité parentale qui a vocation à s'exercer jusqu'à sa majorité. La loi continue donc d'exiger explicitement un consentement à l'acte de l'un des parents après concertation sur son bien-fondé⁷. Les articles regroupés au sein du chapitre du Code civil intitulé « De la minorité »

¹ V. *infra* nos 112 s.

² Toutes deux répondent à la définition présente à l'article 388-1-1 C. civ. et peut être vues « comme le mécanisme qui permet à une personne, le représentant, d'accomplir un acte juridique non pas seulement pour le compte ou pour le profit d'une autre (ce que permettent aussi le cautionnement, le prête-nom, le contrat de commission...), mais de sorte que l'acte produise directement ses effets à l'égard de cette autre personne, le représenté. ». T. Fossier, N. Peterka, « Gestion du patrimoine des personnes en tutelle », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 496 à 502, fasc. Unique, novembre 2016, n° 3 ; Ce qui met en place une organisation en théorie tripartite avec l'auteur de l'acte, le « sujet d'imputation » et l'attributaire de droits ; v. sur ce point : A. Gorovsteff, « La lutte autour de la notion de sujet de droit », *RTD. civ.* 1926, pp. 881 et 972. Plus récemment, M. Storck, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », *LGDJ* 1982, § 44, 52, 88 et 127.

³ V. P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 646, n° 1078.

⁴ Cet article issu de l'ordonnance n° 2015-1288 du 12 octobre 2015 (Art. 5) se situe sous un nouveau chapitre créé à cette occasion. Ce dernier ne relève ni de l'autorité parentale sur la personne ni de l'autorité parentale sur les biens du mineur (administration légale). Celui-ci se veut transversal en s'intitulant « De la minorité », dans un titre X traitant « De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ». Cependant en raison de la nature du texte (ordonnance) il n'est pas possible de se rapporter aux travaux parlementaires qui auraient pu apporter un éclaircissement sur le domaine de cette « représentation » traitée au sein de ce nouveau chapitre, les textes préparatoires se bornent à évoquer une volonté de simplifier les règles relatives à la gestion des biens du mineur sans faire référence à la représentation en matière personnelle. Difficile dans ces conditions de déterminer s'il s'agit d'une véritable volonté du législateur (qui se fait toujours plus évasif) de dégager un régime général de la représentation de l'enfant mineur par son parent. La référence faite à l'administrateur légal et non au parent ou au représentant légal entretient les doutes sur le caractère général de cet article qui ne fait que reprendre la formule de l'ancien article 389 C. civ. Sur ce point la doctrine ne parvient pas à se prononcer face à l'imprécision des termes employés et aux hésitations du législateur, classant l'article 388-1-1 C. civ. parmi les règles de l'administration légale tout en s'interrogeant sur le fait qu'il ne soit pas dans le chapitre consacré à l'administration légale sans parvenir à y répondre ; v. P. Salvage-Gerest « Minorité. Généralité sur les différents régimes de protection », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 382 à 386 nos 39 et s. ; I. Maria, R. Raoul-Cormeil, « Administration légale : la nouvelle administration légale : 1 + 1 = 1 ? », *Dr. fam.*, 4 janvier 2016, étude 4, n° 2 ; J. Combret, N. Baillon-Wirtz, « Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP. N.* 2015, n° 50, p. 1238.

⁵ Une troisième catégorie regroupe « les actes qui nécessitent un consentement strictement personnel ». Ceux-ci s'avèrent liés à l'exercice d'un droit éminemment personnel dont la volonté ne peut émaner que de la personne qui en est titulaire. Cette catégorie de droit n'a pas lieu d'être évoquée dans la relation entre le parent-mineur et son enfant, sauf en ce qui concerne l'autorité parentale du parent-mineur. En effet, en raison de son jeune âge, l'enfant du parent-mineur bien que titulaire lui aussi des mêmes droits éminemment personnels que son parent n'a pas l'occasion de les exercer et dans les rares hypothèses où cet exercice pourrait être amené à se poser, cela se traduirait par une incapacité de jouissance faute d'aptitude physiologique suffisante pour exprimer cette volonté.

⁶ Sur les règles relatives aux actes usuels de nature patrimoniale v. *infra* nos 315 s.

⁷ Consentement qui fait présumer l'accord de l'autre parent car l'autorité est toujours exercée par les deux parents qui prennent (en théorie) toutes les décisions relatives à leur enfant en commun. Cela implique un dialogue parental préalable qui relève de l'organisation propre à chaque famille.

semblent proposer un régime général de la représentation parentale transversale au domaine patrimonial et extrapatrimonial. L'article 388-1-1 énonce par exemple que le parent¹ « représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. ». La loi confie l'exercice de l'autorité sur l'enfant à son parent, indépendamment de sa situation personnelle², le parent pouvant agir en représentation de son enfant dans tous les actes qui touchent à sa personne, en vertu de cette autorité. Les actes personnels relèvent également de « la vie civile » des individus. En conclusion, cette représentation légale est un attribut de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Cette capacité juridique est reconnue par principe à tout parent, indépendamment sa situation de vulnérabilité ou de dépendance. La nature de droit éminemment personnel de l'autorité se répercute sur ses attributs dont fait partie la représentation légale de l'enfant dans les actes juridiques de nature « simplement » personnelle. Le parent-mineur peut agir pour son enfant et consentir à tous les actes qu'il estime nécessaires pour préserver sa personne, sous réserve qu'il soit en mesure d'exprimer une volonté personnelle au sens de l'article 373 du Code civil³.

209. Le parent-mineur bénéficie, par ce biais, d'une véritable capacité juridique liée à son statut de parent, mais la capacité juridique appelle, pour être effective, une capacité financière. L'enfant du parent-mineur est l'ayant droit d'un ayant droit⁴. Sur ce point, l'article L. 160-2 du Code de la sécurité sociale⁵ dispose que « par dérogation à l'article L. 160-1, bénéficient de la prise en charge de leurs frais de santé en tant qu'ayants droit d'un assuré social les enfants n'exerçant pas d'activité professionnelle qui sont à sa charge, à condition que la filiation, y compris adoptive, soit légalement établie ou qu'ils soient pupilles de la Nation ou enfants recueillis ». Cet article prévoit dans son troisième alinéa que « l'enfant qui a atteint l'âge de seize ans peut demander, selon des modalités fixées par décret, à bénéficier, à titre personnel, de la prise en charge de ses frais de santé en cas de maladie ou de maternité. ». Les parents-mineurs de plus de 16 ans⁶ peuvent faire personnellement bénéficier leur enfant du statut d'ayant droit sans qu'ils soient tenus d'exercer une activité professionnelle. Le simple

¹ La loi se réfère à l'« administrateur légal » dans la mesure où l'article reprend mot pour mot l'ancien article 389 C civ propre à l'administration légale. L'article 388-1-1 C. civ., étant situé au titre de la minorité du Code civil, il ne semble plus avoir vocation à organiser spécifiquement l'administration légale, mais la représentation légale dans sa globalité. Contrairement à la lettre de ce texte, le terme de parent ou de représentant légal sera préféré à celui d'administrateur.

² V. *supra* nos 175 s.

³ Dans le cas contraire, l'autorité parentale sera exercée de manière exclusive par l'autre parent, ou à défaut, sera substitué par l'ouverture d'une tutelle.

⁴ Sauf à envisager l'hypothèse d'un couple où l'un des parents majeurs remplirait les conditions nécessaires pour bénéficier à titre personnel d'une couverture sociale ou encore celle d'un mineur en apprentissage, qui lui permettrait de faire bénéficier à son enfant du statut d'ayant droit. Art. L. 160-1 CSS et s.

⁵ Loi de financement de la sécurité sociale pour 2016, n° 2015-1702 du 21 décembre 2015, JO n° 0296 du 22 décembre 2015 p. 23635 texte n° 1, art. n° 59. Cette loi a pour volonté de faire bénéficier toute personne d'un socle de protection universelle maladie « PUMa ». L'objectif de cette réforme est de faire disparaître à terme le statut d'ayant droit pour permettre de « garantir un droit au remboursement des soins de manière continue, sans que les changements familiaux ou professionnels n'affectent ce droit et garantir davantage d'autonomie et de confidentialité à tous les assurés dans la prise en charge de leurs frais de santé. ». Seuls les enfants continuent de bénéficier de plein droit de ce statut d'ayants droit de leurs parents.

⁶ Ici encore, le législateur écarte une nouvelle fois les mineurs de moins de quinze ans, comme si la question de la maternité ne pouvait les concerner. Si les parents de plus de seize ans sont potentiellement les plus nombreux, les plus jeunes parents se révèlent bien plus vulnérables et cette vulnérabilité se répercute *in fine* sur leurs enfants.

lien de filiation suffit dorénavant pour garantir la couverture des soins ainsi que le financement des contrats médicaux. Cette capacité parentale qui leur est reconnue ne s'étend pas aux actes portant sur leur propre personne, ceux-ci demeurant toujours de la compétence de leurs parents qui continuent d'exercer sur eux leur autorité parentale.

B- Le parent-mineur et son enfant objet de l'autorité de leurs parents respectifs

210. La question des parents-mineurs permet de dresser un tableau assez complet du fonctionnement de l'autorité parentale particulièrement en matière extrapatrimoniale. Cette situation offre l'opportunité d'aborder à la fois la relation entre le parent-mineur et son enfant, mais également la relation du parent-mineur avec ses parents. Dans ce dernier cas de figure, la situation évolue quelque peu, car si les premières années d'existence de l'enfant sont marquées par une autorité parentale qui occulte en grande partie les droits personnels dont il est titulaire (que ce soit le nourrisson ou l'*infans*), cette considération ne peut s'appliquer de la même manière pour un parent dont l'enfant dispose d'un discernement suffisant pour lui permettre de formuler une volonté propre. Cette volonté du mineur sera renforcée par son statut de parent, car ses choix s'imposent dans sa relation à son enfant. Ce constat appelle une articulation juridique entre la volonté exprimée par les parents et celle du mineur dans l'exercice de ses droits. Ces différentes volontés sont amenées à coexister au risque d'entrer en concurrence. Confronté aux potentielles divergences, il est important d'organiser une hiérarchisation juridique dans leur prise en compte. Cette dernière génère un véritable « système de consentement gradué »¹ dont l'objectif est à la fois de garantir les droits du parent requis pour la protection d'un enfant confronté à des choix déterminants, tout en lui permettant d'exprimer sa volonté personnelle dans le cadre de ses droits extrapatrimoniaux (1). De cette gradation dépend la capacité reconnue au mineur à l'égard des actes juridiques qui concrétiseront la volonté qui en est à l'origine (2).

¹ Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, Avis sur le consentement des personnes vulnérables, de l'assemblée plénière du 16 avril 2015.

1. L'existence d'une gradation juridique des volontés

211. La consécration formelle des droits de l'enfant n'a pas eu pour effet de balayer d'un revers de main l'histoire sur laquelle s'est construite l'autorité parentale. Au contraire, cet héritage marque encore aujourd'hui l'enfant comme l'objet du droit de ses parents, et le soumet de fait à leur volonté. L'enjeu en matière personnelle consiste moins dans l'attribution de l'exercice des droits personnels de l'enfant au parent¹ que dans l'organisation d'une coexistence juridique entre la place occupée par la volonté du parent et celle émergente de son enfant dans un même processus décisionnel. C'est sur cet aspect que l'autorité en matière personnelle a véritablement évolué sous l'influence de la CIDE. Plus l'enfant s'affirme avec les années, plus sa volonté aura tendance à s'ajouter à celle de ses parents, pour finir à terme par s'imposer au jour de sa majorité. Cette montée en puissance progressive, permet de considérer que l'exercice de l'autorité parentale n'a pas vocation à demeurer identique tout au long de l'enfance. Elle se manifeste comme un pouvoir susceptible d'être aménagé en fonction de l'âge et de la situation de l'enfant, allant d'un droit de contrôle pour devenir à terme, à peine plus qu'un pouvoir de conseil². Cette réflexion s'inscrit dans un débat bien plus vaste sur la question de la conciliation entre l'autonomie inhérente à chaque personne et l'impératif d'aménager la protection des plus vulnérables³. Si ce caractère évolutif se retrouve naturellement dans les faits, la crainte d'exposer les mineurs aux conséquences de leurs choix conduit le législateur à faire preuve d'une certaine prudence. Même les pays qui ont reconnu à l'enfant une large autonomie personnelle en matière de santé se montrent réticents pour étendre cette autonomie au refus de soins par l'enfant⁴. Dans cette éventualité, l'autorité parentale peut contourner ce refus pour protéger l'enfant contre lui-même. Si l'incapacité générale d'exercice de l'enfant dans ses droits demeure le principe, il tend à s'estomper face à des aménagements qui offrent au mineur la possibilité d'exercer à un certain degré ses droits extrapatrimoniaux.

212. Cette capacité tient principalement au caractère personnel des droits dont les parents tout comme leur enfant, sont titulaires. Le premier en raison de son autorité, le second par sa qualité de personne juridique. La prise en compte de la volonté du mineur lors de la décision dépendra directement de l'intensité du lien qui existe entre le droit qu'il cherche à exercer et son intimité. Plus le droit y est

¹ Ces droits ne sont que l'objet de l'autorité parentale et non l'autorité parentale elle-même ; v. *supra* n° 175 s. ; Sur ce point nous soulignons que le Code civil limite la représentation du mineur aux actes juridiques ainsi qu'aux actions en justice. Pour trouver des références à une représentation du mineur dans ses droits par son parent, il faut se référer notamment au Code de la Santé publique qui n'offre pas une appréhension des mécanismes de l'autorité parentale similaire à celle du Code civil ; sur l'articulation du Code de Santé publique avec le Code civil, v. C. Labrusse-Riou, « Code civil et Code de Santé publique », *RDSS* 2018, p.427.

² Affaire Gillick contre West Norfolk and Wisbech Area Health Authority 1985, 3 *Weekly Law Reports* 830, p. 369, opinion de Lord Demming.

³ V. M. Lamarche, « Droits et consentement des personnes vulnérables : le nouvel avis de la CNCDH peut-il aider à surmonter les difficultés pratiques ? », in *J.-Cl. fam.*, LexisNexis, juillet-août 2015, p. 3, n° 51 ; Y. Favier, « vulnérabilité et fragilité : réflexion autour du consentement des personnes âgées » *RDSS* 2015, p. 702.

⁴ É. Deleury, D. Goubau *Le droit des personnes physiques*, éd. Yvon Blais, 4^{ème} éd., 2008, n° 122, pp. 131 et s. ; art. 16 al. 2 C. civ du Québec. Le législateur souhaitait concilier les droits reconnus aux enfants à partir de 14 ans et les devoirs des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ; L. Francoz-Terminal, *La capacité de l'enfant dans les droits, Français, Anglais et Ecossais*, collection Droit européen de la famille, édition Stämpfli, 2008 ; P. Bonfils, A Gouttenoire *Droit des mineurs*, p. 731, n° 1221 ; C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n°s 843 et s.

imbriqué, plus la volonté du mineur apparaîtra comme une condition essentielle à son exercice. Ce lien peut, dans ce cas, conduire à exclure toute autre volonté que celle exprimée par le mineur, y compris celle de ses parents. De ce constat se dégage un système de gradation de volonté, allant de l'exercice de droits « simplement » personnels pour lesquels le souhait exprimé par la personne n'aura qu'un caractère facultatif, aux droits « éminemment personnels » si étroitement liés à son titulaire que seule sa décision permet d'en légitimer l'exercice¹. Ce système se manifeste très nettement dans le droit de la santé. De la place laissée à l'enfant dans l'exercice de ses droits personnels dépend le rôle accordé au parent et l'étendue de son droit d'autorité sur la personne de son enfant. Confrontée à un mineur capable d'un discernement suffisant, l'autorité ne sera plus légitime pour occulter ou substituer sa volonté. La Convention internationale des droits de l'enfant a rappelé que « les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité »². En matière de santé, l'article 6 de la convention d'Oviedo³ précise que « l'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité ». Ces principes ont fait l'objet d'une transposition en 2002 au sein du Code civil, via l'article 371-1 alinéa 4 qui dispose que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. » et via l'article L. 1111-4 alinéa 7 du Code de la Santé publique selon lequel « le consentement du mineur [...] doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ». En matière personnelle, le droit des parents a été aménagé afin que la volonté de l'enfant discernant entre en considération, car « ni l'incapacité juridique du mineur, établie pour le protéger et l'assister, ni la fragilité de son état de santé ne peuvent être des prétextes pour l'écarter par principe des décisions à prendre »⁴. Le choix réalisé par le législateur n'a pas été celui de la mise en place d'une prémajorité personnelle comme cela peut exister dans d'autres législations⁵. Cette mesure s'applique de manière générale et concerne tous les droits « simplement » personnels dont l'enfant est titulaire, et qui relèvent par nature des attributions de l'autorité parentale du parent. Ce sont les plus nombreux, car ils regroupent tous les droits pour lesquels le consentement de leur titulaire n'est pas déterminant pour leur exercice. Le consentement du mineur revêt son aspect

¹ Ce que C. Neirinck décrit comme des « décisions personnelles irréversibles » in *loc. cit.*, nos 789 et s.

² Article 12, 2° al. 2 CIDE.

³ Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4.IV.1997 *op. cit.*

⁴ M. Dupont, C. Ray-Salmon, *L'enfant & l'adolescent à l'hôpital*, *op. cit.*, p. 48.

⁵ V. sur ce point : L. Francoz-Terminal, *La capacité de l'enfant dans les droits, français, anglais et écossais*, collection Droit européen de la famille, édition Stämpfli, 2008 ; P. Bonfils, A Gouttenoire *Droit des mineurs*, p. 731, n° 1221 ; C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, nos 843 et s. : « ainsi, l'Angleterre, certaines provinces du Canada dont le Québec, la Belgique et l'Espagne admettent qu'à partir de 14 ou 16 ans, selon les cas, le mineur dispose d'un pouvoir de décision effectif en matière de soins qu'il peut refuser. Sa décision l'emporte sur l'accord de ses parents. Le refus de soins peut aller jusqu'à demander l'euthanasie. Les Pays-Bas l'ont accordée aux mineurs de plus de douze ans, gravement malades, en phase terminale, et affrontant « des souffrances physiques insupportables ». La loi belge du 13 février 2014 leur accorde le même sinistre droit sans fixer d'âge minimal, le discernement de l'enfant étant apprécié au cas par cas par l'équipe médicale et un psychiatre », (n° 845). (V. sur ce dernier point de l'euthanasie des enfants : J.-P. Stroobants : « Un mineur a été euthanasié en Belgique », *Le Monde*, 17 septembre 2016).

juridique le moins contraignant et s'apparente à ce que nous pourrions qualifier d'un « avis »¹. Le parent demeure libre d'en tenir compte ou non, selon ce qu'il estime nécessaire pour protéger au mieux l'intérêt de l'enfant. Si le consentement de l'enfant et du mineur doit être systématiquement recherché, son obtention n'est pas requise. La seule volonté du parent suffit pour légitimer toutes les décisions médicales portant atteinte à la personne du mineur. Que cet avis soit négatif, positif ou absent, il n'a juridiquement aucun impact juridique direct sur la décision finale du parent qui n'est pas tenu de la respecter. Pour cette raison, l'association du mineur aux décisions qui le concernent n'est pas en soi un droit reconnu à l'enfant, mais une modalité d'exercice de sa protection. Il s'agit d'un outil visant à encourager les parents à instaurer un dialogue avec leur enfant, car l'efficacité d'une protection est renforcée par l'adhésion du protégé. En pratique, difficile ici d'envisager la contrainte, car elle peut devenir contre-productive, au risque de remettre en question la dignité de l'enfant².

213. La majorité des droits de nature personnelle est également occultée par l'autorité parentale. La notion de discernement est laissée à la libre appréciation du parent ou de l'interlocuteur de l'enfant, ce qui en fait une notion subjective dont dépend l'association de l'enfant au processus décisionnel. Ce constat renforce la thèse selon laquelle il ne s'agit nullement d'un droit de l'enfant, mais d'une modalité de l'exercice de l'autorité parentale qui relève par principe de l'appréciation discrétionnaire des père et mère. En raison de cette subjectivité, le statut de parent du mineur à l'égard son enfant ne modifie en rien l'exercice de l'autorité parentale sur sa propre personne. L'expression de volonté est limitée à un avis facultatif laissé à la discrétion de ses parents. Il existe une catégorie intermédiaire de droits dont l'exercice, bien que dépendant de la volonté du parent, requiert l'accord préalable de l'enfant pour être exercé. C'est le cas de tous les actes médicaux qui ne sont pas essentiels pour la préservation de la santé de l'enfant³. Dans ce cas, le mineur peut refuser de réaliser l'acte en dépit de la volonté de ses parents. Cette catégorie ne se limite pas au domaine de la santé et se retrouve dans d'autres situations impliquant des droits de nature personnelle, telle la procédure de changement de nom ou de prénom⁴ ou encore ceux qui organisent la procédure d'adoption⁵. Une dernière catégorie de droits est marquée par l'intensité particulière de leur lien avec l'individu. Leur exercice est intimement lié à la volonté de leur

¹ Un élément que le parent va pouvoir prendre en compte ou écarter au moment de la prise de décision. L'avis revêt une nature de simple élément d'information pour le décideur.

² V. sur ce point les limites pratiques liées au fait de soigner une personne qui ne le souhaite pas : M. Dupont, C. Ray-Salmon *L'enfant & l'adolescent à l'hôpital*, *op. cit.*, pp. 63 et s., ex. la DHOS/F4 n° 2009-319 du 19 octobre 2009 relative aux règles de facturation des soins dispensés dans les établissements de santé qui souligne que seule la personne exerçant l'autorité parentale peut signer un refus d'admission » ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, nos 1219 à 1222, pp. 730-732, spéc. n°1220, p. 731 : « La recherche du consentement ne pouvant s'assimiler à l'exigence du consentement ». De plus l'article 371-1 C. civ. souligne que l'autorité est exercée par le parent, dans le respect dû à la personne de son enfant.

³ V. F. Kernaleguen « Adolescent et acte médical en droit français, l'effacement de l'autorité parentale », in *Adolescent et acte médical, regard croisés*, B. Feuillet-Liger et R. Ida (dir.), Bruylant, 2011, p. 5 ; ex. : Le prélèvement de moelle osseuse article L. 1241-3 CSP : « le refus du mineur fait obstacle au prélèvement », le prélèvement de cellules embryonnaires ou fœtales : L. 1241-5 CSP, le recueil et la conservation de ses gamètes : L. 2141-11 CSP.

⁴ Art. 61-3 C. civ., dès lors que l'enfant est âgé d'au moins treize ans.

⁵ C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n° 789 « La procédure d'adoption et celle de changement de nom sont des procédures gracieuses initiées par des adultes, mais qui concernent au premier chef l'enfant qui en est l'objet. Il est donc logique de lui reconnaître le droit de s'exprimer sur ces demandes et de prendre en compte son refus ».

titulaire qui ne peut être substituée ou occultée par un artifice juridique et se voit conditionné à l'existence d'un discernement, qui implique une maturité suffisante. La manifestation de ces droits coïncide généralement avec la période de l'adolescence durant laquelle la volonté du mineur tend à s'affirmer. Cette catégorie de droits constitue une véritable sphère d'autonomie juridique autour du mineur¹, au sein de laquelle se trouve l'exercice de l'autorité parentale. Cette gradation résulte principalement des lois du 4 mars 2002² qui ont mis en lumière « la contradiction qui existe [...] entre le souci de renforcer une autorité en délinquance et la volonté de promouvoir les droits de l'enfant »³.

214. Cette sphère d'autonomie personnelle peut être insuffisante lorsque le mineur accède lui-même au statut de parent. L'exercice de l'autorité parentale requiert de mettre en œuvre certains droits « simplement » personnels des parents-mineurs, droits en grande partie occultés par l'autorité de leurs parents. Pour reprendre un exemple : l'accès au dossier médical et aux antécédents médicaux est un droit qui se rattache à la fois à l'exercice et à la titularité de l'autorité parentale. Le parent-mineur dispose de l'accès direct au dossier de son enfant, alors que ce même accès lui est refusé pour son propre dossier⁴. L'accès au dossier médical ne peut se faire que par l'intermédiaire de ses parents dans une procédure qui en théorie ne les concerne pas, dans l'éventualité où le parent-mineur souhaite s'informer de ses antécédents médicaux pour faciliter le diagnostic de son enfant et *in fine* la décision médicale requise pour la préservation de sa santé. L'absence d'aménagement à l'égard des droits périphériques de nature simplement personnels peut avoir des incidences pratiques sur l'exercice des droits éminemment personnels par le mineur⁵. Lorsque l'exercice du droit repose exclusivement sur la volonté et le discernement de son titulaire, celui-ci bénéficie de la capacité juridique requise pour l'accomplissement des actes qui y sont liés.

¹ V. sur les droits sexuels et reproductifs et sur les droits liés à la filiation *supra* Titre I. Il est une nouvelle fois important de souligner que cette liste n'est pas exhaustive. À titre d'exemple : dans l'hypothèse d'un mineur auteur d'une œuvre relevant du droit de la propriété littéraire et artistique, ce droit se compose de deux éléments distincts et complémentaires : un droit de paternité intellectuelle et un droit de nature patrimoniale lorsque cette œuvre suscite l'intérêt du public. Le parent de l'auteur pourrait-il, en vertu de son autorité modifier l'œuvre de son enfant ? Rien n'est moins sûr, car l'œuvre et son auteur sont intimement liées. Tout comme l'illustre cette phrase attribuée à Flaubert : « Madame de Bovary c'est moi », l'œuvre de l'enfant est une part de l'enfant lui-même. Seul l'auteur mineur est en mesure de modifier sa création par l'exercice de son droit de paternité qui revêt une nature éminemment personnelle lui permettant de plein droit d'échapper à la volonté de son parent et à l'autorité parentale. L'aspect patrimonial détaché de toute considération personnelle peut, pour sa part, éventuellement faire l'objet d'une représentation dans la gestion des ressources et la conclusion du contrat d'édition se fera par le biais de l'assistance (car bien qu'il s'agisse d'un acte patrimonial, il traduit la volonté ou non de diffuser l'œuvre, ce qui relève de l'intimité de l'individu).

² V. les lois précitées relatives à l'autorité parentale (n° 2002-305) ainsi qu'aux droits des malades (n° 2002-303), auxquelles vient s'ajouter la loi sur le nom de famille (n° 2002-304).

³ F. Dekeuwer-Défossez, « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM* 2004, n° 12, p. 99.

⁴ V. sur l'accès au dossier médical : S. Renard, E. Péchillon, « Accès au dossier médical », *Revue Santé Mentale*, Le droit en pratique, février 2017, n° 215, p. 8.

⁵ Cette même problématique peut éventuellement se poser à l'égard de l'exercice de ses droits sexuels et reproductifs, pour lesquels l'accès aux antécédents médicaux peuvent s'avérer cruciaux. Voir par exemple le constat posé par C. Aubin, D. Jourdain-Menninger, L. Chambaud, rapport sur La prise en charge de l'IVG, IGAS, octobre 2009, n° RM2009-098A, *La Doc. fr.*, p. 26 et s. Si le mineur ne bénéficie pas de l'accès direct cette difficulté peut être surmontée via l'accès du médecin car le dossier médical est aussi un élément d'information à la disposition de ce dernier ; v. aussi M. Portefaix : *Le parent vulnérable*, *op. cit.*, p. 308, nos 750 et s.

2. *La capacité juridique personnelle du parent-mineur*

215. Concernant les actes juridiques, tout mineur, est par principe incapable d'agir à titre personnel. Pour surmonter cette incapacité juridique générale, la loi prévoit que le parent¹ « représente le mineur dans tous les actes de la vie civile »², en cohérence avec le droit de décision dont il dispose conformément à son droit d'autorité. Une fois la décision prise, encore faut-il agir pour la concrétiser juridiquement. C'est à ce moment qu'intervient le mécanisme de la représentation légale. Cette capacité extrapatrimoniale est subordonnée à la volonté qui est à son origine, ce qui en fait l'attribut³. Comme les mineurs disposent à l'égard de certains droits d'une véritable aptitude à décider pour eux-mêmes, ils bénéficient de tous les attributs liés à leur autorité afin d'agir et de conclure tous les actes juridiques qui y sont liés sans qu'ils soient représentés légalement. Pour déterminer de qui du parent ou du mineur doit émaner le consentement à l'acte envisagé, il convient de se référer à la gradation dégagée en matière d'expression de la volonté. Ce faisant, il est possible d'observer les limites de l'incapacité des mineurs lorsqu'ils accèdent eux-mêmes au statut de parent. Cette méthode permet de tracer d'une manière bien plus précise la capacité des mineurs que ne laisse supposer la formule de l'article 388-1-1 du Code civil, lequel se contente de renvoyer à la loi ou à l'usage⁴. Pour les droits dont la nature est « simplement » personnelle, la valeur juridique accordée à la volonté de l'enfant-mineur est celle de l'avis. Ces droits relèvent de l'exercice de l'autorité du parent. La conclusion des actes s'opère par le biais de la représentation dont les modalités dépendront à son tour de la nature de l'acte lui-même. Concernant les actes usuels, le consentement d'un seul parent suffit pour les tiers de bonne foi, l'accord de l'autre étant présumé. Le consentement du mineur n'a ici aucun impact sur sa validité car sa volonté n'est aucunement déterminante lors de la prise de décision. Le statut de parent dont le parent-mineur bénéficie n'engendre aucune incidence sur sa capacité personnelle. Les différents interlocuteurs du parent-mineur demeurent libres de prendre ou non en considération sa volonté, même si l'acte est toujours conditionné au consentement de ses parents. En conclusion, le contrat médical au même titre que la décision médicale repose ici sur le consentement parental par l'exercice combiné de l'autorité et de la représentation légale.

¹ L'article 388-1-1 C. civ. fait référence à l'« administrateur légal ». Cependant, cette référence favorise la confusion car l'appellation d'administrateur légal se rattache à la gestion des biens du mineur or nous sommes ici en matière personnelle. Il serait plus juste de se référer aux personnes exerçant l'autorité parentale ou au représentant légal, car cet exercice peut incomber à une personne autre que le parent.

² Cette introduction de la représentation dans le domaine personnel n'est que très récente : « la représentation n'a évolué, aux XXe et XXIe siècles, que pour voir limiter son champ d'application. Les actes de la vie courante, les actes de la vie personnelle, et dans une très faible mesure, la sphère de la simple assistance au mineur, -telles sont les trois limites principales posées par la loi au "pouvoir" de représentation, ont une nette tendance à la croissance, au point que l'édifice théorique consacré en 1804 et respecté en 1964, a fini par révéler des insuffisances », T. Fossier, N. Peterka, « Gestion du patrimoine des personnes en tutelle », *op. cit.*, n° 5.

³ V. *supra* nos 199 s.

⁴ La loi demeure généralement implicite sur la capacité des mineurs à l'égard des actes juridiques en matière personnelle et la référence à l'usage s'avère ici source de confusion car par principe les actes usuels (qui découlent de l'usage dans le sens de l'habitude) demeurent une compétence exclusivement parentale contrairement au domaine patrimonial. Cela même si la pratique se montre toutefois plus souple : un mineur peut par exemple choisir de consulter un médecin sans l'autorisation expresse d'un de ses parents, souplesse qui trouve très rapidement une limite notamment pour des questions purement financières.

216. Les dispositions du Code civil portant sur les obligations contractuelles tracent une image moins rigide de la capacité et de la représentation des mineurs. Si le principe de l'incapacité demeure¹, cette incapacité est de protection. La sanction légale de l'incapacité sur les actes passés par une personne mineure sans le consentement de son parent se cantonne à une nullité relative². Dans le cadre contractuel, seule la partie à l'acte que la loi a souhaité protéger est en droit d'invoquer la nullité³. En l'espèce, seul le mineur par l'intermédiaire de son parent, est admis à agir en justice⁴. Le tiers contractant dispose toujours de la possibilité d'écarter cette nullité lorsqu'il parvient à établir que l'acte passé était à la fois utile pour la personne protégée et exempt de lésion, ou qu'il a profité à celle-ci⁵. En pratique, le mineur dispose d'une marge de manœuvre juridique, sauf à démontrer qu'il a agi contre son intérêt⁶. Le vide laissé par une éventuelle inaction du parent offre une capacité de fait pour les mineurs qui souhaiteraient agir, si tant est que le tiers accepte le risque de voir la validité de l'acte ou sa responsabilité engagée.

217. En ce qui concerne les droits « intermédiaires » qui associent la volonté du parent à celle de l'enfant, que ce soit par un accord explicite ou une absence d'opposition, le mécanisme juridique mis en place lors de la conclusion des actes est celui de l'assistance⁷. Il se distingue de la représentation chaque fois que le rôle de la personne n'est plus facultatif, car elle participe activement à la réalisation de l'acte. Sa volonté entre en ligne de compte et est réaffirmée au moment de la contractualisation. Ce mécanisme de l'assistance est rarement utilisé pour les mineurs en raison de la présomption d'immatunité qui marque leur volonté⁸, c'est la raison pour laquelle il se retrouve plus souvent dans le cas des protections accordées aux personnes majeures vulnérables qui, en dehors de la tutelle, bénéficient toujours d'une présomption de discernement.

218. Enfin, pour les droits éminemment personnels, l'aptitude octroyée en matière de décision accorde à son titulaire la capacité de passer seul les actes nécessaires à leur réalisation⁹. Comme évoqué à l'article 458 du Code civil concernant les majeurs protégés, ces actes en tant qu'attributs de la décision,

¹ Article 1142 C. civ.

² Art. 1147 C. civ.

³ Ex., Cass., civ. 1^{ère}, 14 janvier 2009, *Bull. civ.* I, n° 6, *D.* 2009, p. 371.

⁴ V. *infra* n° 311.

⁵ Art. 1151 C. civ.

⁶ Seule demeure la responsabilité personnelle du tiers à l'égard des père et mère car il n'a pas respecté leur droit d'autorité.

⁷ Pour certains d'entre eux s'ajoute une obligation d'autorisation légale autre que les père et mère. C'est notamment le cas depuis 2006 pour le mariage ; v. art. 144 et 145 C. civ.

⁸ J.-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD. civ.* 1997, p. 1 : « L'assistance suppose qu'interviennent à l'acte juridique celui qui, incapable ou vulnérable, s'oblige et celui qui l'assiste pour contrôler le caractère dangereux ou non de l'opération. Elle est peu utilisée pour les mineurs, car elle leur confère une capacité contrôlée, peu en harmonie avec leur incapacité d'exercice », v. aussi : C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n°s 733 et s. : « Cette technique est retenue quand le monde du travail croise celui de l'enfance. ». Elle va concerner principalement la conclusion du contrat d'apprentissage ou des contrats spécifiques tel que le contrat d'édition, ces deux contrats impliquent une part personnelle pour la personne qui monnaie soit sa force de travail soit sa production artistique.

⁹ « La Convention [CIDE] esquisse un statut de l'enfant doté de droits auxquels est attachée une présomption de capacité. » : L. Fabius, J.-P. Bret, *Droit de l'enfant de nouveaux espaces à conquérir*, rapport n° 871, *op. cit.*, spéc. « Les conséquences de la ratification de la Convention de New York ».

revêtent une même nature juridique. Leur conclusion nécessite un consentement strictement personnel, ce qui explique qu'ils ne peuvent donner lieu ni à assistance ni à représentation. En écartant l'autorité et en empêchant le parent de substituer sa volonté à celle de son enfant, celui-ci perd sa légitimité lors de la réalisation de l'acte. Le mineur bénéficie dans ce cas d'une véritable capacité parachevant la sphère d'autonomie juridique qui s'étant formée autour de ces droits. Il est alors possible de constater que le mineur, ne souffre plus véritablement d'une incapacité générale, depuis 2002, il bénéficie en réalité d'une capacité restreinte et évolutive dans l'exercice de ses droits personnels, comme ce qui peut exister dans d'autres pays européens¹. L'article 458 du Code civil contient une liste non exhaustive d'actes réputés strictement personnels qu'il est possible de transposer aux parents-mineurs² parce qu'ils touchent aux questions de parenté, que ce soit la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, le choix de son nom, etc...³. L'article apporte une dernière précision qu'il est important d'évoquer, car seules des dispositions particulières peuvent déposséder ces droits de leur nature éminemment personnelle pour confier leur exercice à une autre personne que leur titulaire et légitimer une intervention parentale en dépit de la nature profondément intime de ce droit. C'est le choix réalisé par la législation espagnole qui prévoit que l'autorité parentale est exercée par le mineur avec l'assistance de ses parents, ou celle du Luxembourg qui va bien plus loin et envisage une mise sous tutelle systématique de l'enfant d'un mineur⁴. En l'absence de ces dispositions, le parent-mineur exerce pleinement son droit et bénéficie d'une capacité parentale sur les actes « simplement » personnels portant sur la personne de son enfant. « À l'incapacité juridique de principe tend à se substituer désormais la capacité progressive de l'enfant »⁵. La nature éminemment personnelle du droit d'autorité parentale permet aux parents-mineurs de décider et d'agir en vue d'éduquer et d'entretenir leur enfant, s'accompagne d'un accroissement de leurs responsabilités personnelles. Le parent-mineur ne sera plus seulement responsable de ses actes mais sera également tenu aux conséquences civiles des dommages causés par son enfant.

¹ V. V. San Julian « adolescent et acte médical en Espagne » et G. Schamps « Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge », in *Adolescent et acte médical, regards croisés*, B. Feuillet-Liger et R. Ida (dir.), *op. cit.*

² Qui se rattachent en définitive à l'exercice de droits éminemment personnels : D. Attias, « Les nouveaux droits de l'enfant sont-ils compatibles avec sa protection et ne mettent-ils pas en danger l'autorité parentale ? », *op. cit.*

³ J-P Gridel « L'acte éminemment personnel du mineur », *op. cit.* : « L'acte éminemment personnel est celui qui, juridique ou matériel, le plus souvent extrapatrimonial, traduit des choix existentiels, ou exprime des volontés ultimes, ou atteint la personne dans son intégrité corporelle. ». Cependant, les actes portant atteinte à la personne dans son intégrité corporelle ne bénéficient pas de plein droit d'une nature éminemment personnelle. Il est nécessaire que cette atteinte résulte de ce que l'auteur qualifie : « des choix existentiels, ou [...] des volontés ultimes » de la personne.

⁴ V. *infra* nos 581 s.

⁵ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 119 : « L'octroi à l'enfant de droits capacitaires n'a pas un caractère exceptionnel, mais est le fruit du développement de l'individualisme démocratique. [...] Certes, il ne peut disposer du fait de son inachèvement, de la totalité de ses droits d'homme ; il est sujet de droits spécifiques, mais il n'en est pas moins une personne humaine, profondément marquée par sa temporalité, qui possède une subjectivité en continuelle évolution. C'est la raison pour laquelle le droit lui reconnaît une certaine capacité juridique. [...] Cette capacité juridique ne met pas un terme à la minorité juridique, mais la modifie ».

Section 2 : La responsabilité civile du parent-mineur

219. Aux termes de l'article 1242 alinéa 4¹, « le père et la mère, tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par leur enfant-mineur habitant avec eux ». Le fondement de cette responsabilité parentale représente la contrepartie du droit d'autorité qu'ils exercent sur leur enfant². Conformément à la volonté des rédacteurs du Code civil, « cette obligation se rattache à la puissance, à l'autorité que la loi accorde aux parents sur leurs enfants en minorité, aux devoirs qu'elle leur impose pour la perfection de leur éducation, à la nécessité où ils sont de surveiller leur conduite avec ce zèle, ce soin, cet intérêt qu'inspirent tout à la fois et le désir de leur bonheur et la tendre affection qu'ils leur portent »³. Deux idées émergeaient de ce postulat : la première était que le parent pouvait commettre une faute dans l'exercice de sa fonction parentale et la seconde, qui demeure encore aujourd'hui, est de mettre à sa charge la réparation du dommage subi par la victime de son enfant⁴. Au fil des réformes, la responsabilité des parents du fait de leur enfant-mineur n'a cessé de s'objectiver. L'impératif de réparation de la victime a fini par occulter l'aspect de sanction civile face à un comportement inapproprié induit par la recherche d'une faute⁵. La situation particulière dans laquelle se trouvent les parents-mineurs illustre les critiques de l'évolution suivie par la responsabilité civile des père et mère en raison du dommage causé par leur enfant. Si le parent-mineur est comme tout parent responsable du fait de son enfant-mineur (§ 1), l'intérêt de ce constat est en définitive assez limité. En raison de sa propre minorité et de son absence de revenus personnels, le parent-mineur ne peut garantir convenablement l'indemnisation de la victime de son enfant (§ 2).

¹ Anciennement art. 1384 al. 4 C. civ., devenu art. 1246 C. civ.

² A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2018, p. 439, n° 561 ; J.-B. Thierry, « Le rôle de l'autorité parentale dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs », *LPA*, 7 janvier 2008, p. 4 ; A. Vignon-Barrault, « Droit à réparation.- Responsabilité du fait d'autrui.- Domaine. Responsabilité des père et mère », in *J.-Cl. civ. Code*, Art. 1240 à 1245-17, Fasc. 141, février 2019, n° 1.

³ M. Bertrand de Greuille, rapport au Tribunal, séance du 16 pluviôse an XII, in *Législation civile, commerciale, et criminelle*, Locré, vol 4, partie II, n° 11, pp. 280-281.

⁴ J. Julien, « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, n° 67 ; F. Boulanger « Autorité parentale et responsabilité des père et mère des faits dommageables de l'enfant mineur après la réforme du 4 mars 2002 », *D.* 2005, p. 2245 : « Les rédacteurs du Code civil avaient été dès le départ sensibles au danger qu'il y avait pour les victimes des dommages causés par les mineurs d'être soumises au régime général de la faute prouvée de l'article 1382 du Code civil, de n'avoir en face d'eux que des auteurs dépendants et insolubles ».

⁵ F. Dekeuwer-Defossez, « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *Recherches familiales*, 2012/1, n° 9, pp. 163-171.

§1: La responsabilité civile du parent-mineur du fait de son enfant

220. D'une responsabilité fautive associant la faute du parent à celle de son enfant, la responsabilité civile des parents est devenue progressivement une responsabilité de plein droit détachée de tout comportement fautif. Cette évolution juridique offre une plus grande souplesse au bénéfice de la victime de l'enfant au détriment d'une plus grande sévérité à l'égard de son parent. Cette sévérité se retrouve également sur les parents-mineurs, car elle les soumet à une responsabilité objective qui, en raison de leur statut de parents **(A)**, sont tenus de répondre du simple fait dommageable de leur enfant **(B)**.

A- La responsabilité parentale objective du parent-mineur

221. Tant que la responsabilité des parents était appréhendée comme une sanction civile, celle-ci reposait sur l'existence d'une double faute. La première tenait au comportement de l'enfant auteur du dommage, et la seconde à l'action du parent qui n'avait manifestement pas rempli correctement ses obligations, sans quoi le dommage ne serait pas advenu¹. L'appréhension de la responsabilité parentale comme sanction civile d'un comportement inadapté plaçait deux obstacles majeurs entre la victime et son indemnisation. La première était l'impossibilité d'imputer une faute à l'enfant non discernant² et la seconde était la possibilité offerte aux parents de démontrer la bonne exécution de leurs obligations d'éducation et de surveillance pour s'exonérer³. En raison de l'âge de l'enfant des parent-mineurs, il n'y avait que peu d'intérêt de rechercher leur responsabilité, faute de disposer d'un discernement suffisant. Concernant les parents-mineurs, l'intérêt social de les sanctionner civilement pour les difficultés qu'ils éprouvent pour élever leur enfant est limité car leur éducation est également inachevée en raison de leur minorité. La jurisprudence a opéré un revirement favorisant l'aspect indemnitaire, en infléchissant progressivement le rôle de sanction civile jusqu'à le faire quasiment disparaître. Ce mouvement jurisprudentiel crée une responsabilité purement objective du fait d'autrui dès que le parent exerce l'autorité sur son enfant et cohabite juridiquement avec lui **(1)**. Cette objectivité est confirmée par l'abandon de toute référence au comportement fautif dans l'exercice de l'autorité **(2)**. Cette évolution désigne les parents-mineurs comme les responsables de plein droit des dommages causés par leur enfant, à l'instar des parents majeurs.

¹ « La responsabilité du père, en raison du dommage causé par son enfant mineur habitant avec lui, découle de ses obligations de surveillance et de direction sur la personne de ce dernier », Cass., civ. 2^{ème}, 12 octobre 1955, *D.* 1957, jurispr. p. 301, note Rodière ; *JCP G* 1955, II, p. 9003, note P. Esmein.

² Ce qui a été écarté par l'objectivation du fait générateur de la responsabilité parentale, v. *infra.* nos 236 s.

³ Les parents peuvent s'exonérer en rapportant la preuve « qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité », Cass., civ. 2^{ème}, 12 octobre 1955, *op. cit.*

1. La responsabilité civile conséquence du statut de parent

222. La volonté d'indemniser la victime a conduit à objectiver les conditions de la responsabilité civile des parents. Lors des travaux préparatoires du Code civil, cette responsabilité avait été appréhendée comme la contrepartie des prérogatives que le chef de famille détenait sur l'enfant. C'est elle qui « rend le père, et la mère après le décès du mari, responsables du tort causé par leurs enfants mineurs »¹. La responsabilité du fait de l'enfant, figurant aujourd'hui à l'article 1242 alinéa 4² du Code civil, a suivi une évolution parallèle à la définition légale des droits parentaux. Si les conditions de la responsabilité en elles-mêmes n'ont que très peu évolué, leur appréhension s'est orientée vers toujours plus d'objectivité, au point d'en devenir parfois purement abstraite, ce qui ne permet plus de tenir compte de la minorité du parent, faisant de la responsabilité du fait de l'enfant la contrepartie du statut de parent³.

223. Les premières conditions semblent relever de l'évidence. Pour qu'il y ait responsabilité des père et mère il convient d'avoir un auteur du dommage mineur au moment des faits⁴ et des responsables qui disposent sur lui d'un lien de filiation ascendant direct. Ces deux conditions sont remplies par un parent-mineur, car il dispose d'une autonomie dans l'exercice des droits conditionnant l'accès au statut de parent⁵. La responsabilité civile du fait de l'enfant est la contrepartie des droits nés de la filiation, c'est la raison pour laquelle elle ne s'applique qu'aux parents de l'enfant⁶ y compris lorsqu'ils n'assument pas sa charge au quotidien. La responsabilité des tiers doit être recherchée sur un autre fondement, même dans le cas où ils sont amenés à se substituer aux parents dans la prise en charge de l'enfant⁷. L'établissement du lien de filiation est donc une condition de la responsabilité parentale.

224. Dans la situation des parents-mineurs, leurs parents (maternels comme paternels) peuvent jouer un rôle proche de celui d'un parent, lorsque le parent-mineur et son enfant vivent sous le même toit qu'eux. Ils seront amenés à s'impliquer dans l'entretien et l'éducation de l'enfant du parent-mineur de manière quotidienne. Dans cette situation, il serait tentant de considérer les parents du parent-mineur

¹ M. Bertrand de Greuille, rapport au Tribunat, séance du 16 pluviôse an XII, *op. cit.* ; J-P Treihard, exposé des motifs, séance du Corps législatif du 9 pluviôse an XII, in *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et complément des Codes français*, Loché, t. XIII, 1828, n° 11 : « puisse cette charge de la responsabilité rendre les chefs de famille plus prudents et plus attentifs [...] et puissent les pères surtout se pénétrer fortement de l'étendue et de la sainteté de leurs devoirs ! »

² Anc. art. 1384 C. civ. devenu art. 1242 C. civ.

³ Ch. Rade, « La responsabilité civile des père et mère. De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », in *L'autorité parentale en question*, F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (dir.), LERADP, Université du Droit et de la Santé, Lille 2, PU Septentrion, Droit des personnes et de la famille, 2003, p. 81 ; C. Siffrein-Blanc, « Vers une réforme de la responsabilité civile des parents », *RTD. civ.* 2011, p. 479 : l'auteur conclut en estimant que « La responsabilité civile devrait être considérée comme le prolongement du lien de filiation et non comme la contrepartie d'un pouvoir d'éducation ».

⁴ V. Cass., civ. 2^{ème}, 25 octobre 1989, *Bull. civ.* II, n° 194 : cassation d'un arrêt qui avait écarté la responsabilité d'une mère en se fondant sur le fait que son fils mineur au moment des faits, était devenu majeur au moment du procès. A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p.440, n°562.

⁵ V. *supra* Titre I sur l'accès du mineur au statut de parent.

⁶ Initialement au père puis en cas de décès à la mère, solidairement par les parents mariés depuis la loi du 4 juin 1970 et enfant solidairement par tous les parents qu'ils soient mariés ou non depuis la loi du 4 mars 2002 ; v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} édition, 2013, n° 1244 et s.

⁷ V. *infra* nos 258 s.

comme les personnes assumant la charge effective et permanente de l'enfant tant sur un plan matériel qu'éducatif et affectif. Leur responsabilité a pu être recherchée sur le fondement de l'ancien article 1384 alinéa 4 du Code civil¹, au risque d'occulter le rôle du « parent juridique » et celui de la filiation. La Cour de cassation a systématiquement refusé de consacrer la responsabilité des grands-parents du fait de leur petit-enfant sur le fondement de la responsabilité parentale, peu importe qu'ils assument à titre permanent ou provisoire la prise en charge de celui-ci². La Cour estime en effet, que l'énumération des personnes responsables de plein droit du fait de l'enfant est limitative en ce qu'elle désigne explicitement le père et la mère. Cette désignation repose sur un lien de filiation ascendant direct³, qui exclut toute autre personne susceptible de prendre l'enfant en charge⁴, qu'il s'agisse d'un grand-parent⁵, d'un beau-parent⁶ ou encore de l'Aide Sociale à l'Enfance⁷. Cette responsabilité ne peut résulter de la prise en charge de l'enfant par une personne autre que ses parents, seul compte le lien de filiation, à l'exclusion de tout autre critère, y compris celui de la minorité des père et mère. Seule la responsabilité des parents-mineurs est envisageable sur ce fondement, quand bien même leurs parents assumeraient la charge effective de leur enfant en palliant les difficultés qu'ils rencontrent au quotidien dans l'exercice de leur autorité parentale⁸.

225. À ces deux premières conditions s'ajoute celle de l'exercice de l'autorité parentale associée à la cohabitation juridique de l'enfant avec ses père et mère. Cette référence à l'exercice de l'autorité parentale a été instaurée par la loi du 4 mars 2002⁹, pour tenir compte de l'évolution législative des prérogatives parentales. Tant que ces droits relevaient de la puissance paternelle, la responsabilité était considérée comme une responsabilité personnelle du père reposant sur la preuve d'une faute dans l'exercice de cette puissance¹⁰. En devenant une autorité en 1970¹¹, définie comme un droit et un devoir de garde, de surveillance et d'éducation, la faute du parent a été présumée de l'existence même du

¹ Devenu l'article 1242 C. civ.

² P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., p. 805, n° 1323 ; hébergement temporaire : Cass., civ. 2^{ème}, 5 février 2004, *Bull. civ. II*, n° 5 ; Cass., civ. 2^{ème}, 18 mars 2004, *JCP* 2004, II, p. 10123 ; hébergement durable : Cass., crim., 8 février 2005, *JCP* 2005, II, p. 10049, note M.-F. Steinlé-Feverbach.

³ A. Bénabent, *Droit des obligations*, op. cit., p. 440, n° 564.

⁴ Cass., civ. 15 février 1956 : « qu'en dehors des cas prévus par l'art. 1384, celui chez qui le mineur est placé est responsable non du fait d'autrui, mais de son propre fait et ne répond à cet égard que de sa faute personnelle » ; *D.*, 1956, Jur. p. 410, note E. Blanc ; *JCP*, 1956, II, p. 9564, note R. Rodière ; cité par : M. Rebourg « La responsabilité civile des faits commis par un enfant confié à ses grands-parents ou à un tiers », *D.* 1998, p. 118.

⁵ Cass. civ., 9 décembre 1954, *Gaz. pal.* 1955, 1, Jur. p. 87 ; Cass., civ. 2^{ème}, 25 janvier 1995, *Bull. civ. II*, n° 29 ; *D.* 1995, IR p. 99, *JCP* 1995, I, p. 3853, n° 15, obs. G. Viney ; Cass., civ. 2^{ème}, 18 septembre 1996, n° 94-20580, *Bull.* 1996 II n° 217 p. 133, *RTD. civ.* 1997, p. 436, obs. P. Jourdain, *D.* 1998, p. 118, note M. Rebourg ; Cass., Ch. crim., 8 février 2005, n° 03-87 447, *Bull. crim.* 2005, n° 44, p. 131, *RJPF* juin 2005, 6/36, p. 20, note F. Chabas ; v. également : J. Hauser, « La famille de l'article 1384 alinéa 4 : une compagnie d'assurance ? », *RTD. civ.* 1997, p. 648 ; F. Fournel, « La responsabilité civile des grands-parents du fait de leurs petit-enfants », *AJ. fam.* 2008, p. 150.

⁶ M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, op. cit.

⁷ Cass., civ. 2^{ème}, 24 novembre 1976, *D.* 1977, p. 595, note C. Larroumet.

⁸ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., n° 1323, pp. 805 et s, même si « cette hypothèse est en réalité très rare car elle suppose non seulement que les parents soient mineurs, mais encore que l'enfant soit suffisamment âgé pour causer un fait dommageable ».

⁹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, op. cit.

¹⁰ V. *infra* n° 237.

¹¹ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970, op. cit.

dommage. Lorsque l'exercice de l'autorité a été attribué aux père et mère, la responsabilité a également été solidairement partagée. Les parents-mineurs voient leur responsabilité présumée du seul dommage causé par leur enfant, chacun devant répondre solidairement pour dédommager la victime.

226. La redéfinition en 2002 de l'autorité parentale comme un ensemble de droits et de devoirs appartenant en commun aux père et mère, combiné à l'abandon de toute référence au comportement fautif du parent¹ a abouti à l'acceptation du simple constat objectif de l'exercice de l'autorité comme condition de la responsabilité parentale². La responsabilité du parent ressort donc implicitement de la définition même de l'article 371-1 du Code civil au titre des devoirs et obligation de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. En acceptant le statut de parent, ils acceptent d'assumer la responsabilité des dommages causés par leur enfant. Les père et mère sont les responsables objectifs des dommages causés par leur enfant et sont contraints d'indemniser la victime. La responsabilité parentale résulte du seul statut de parent et est indifférente à leur situation juridique personnelle. La vulnérabilité du parent ne peut plus contribuer à l'exonérer de sa faute, car elle n'entre plus en ligne de compte. L'exercice de l'autorité est devenu le critère déterminant de la responsabilité parentale³. Le parent-mineur parce qu'il exerce l'autorité parentale sur la personne de son enfant⁴, doit assumer la responsabilité civile qui en est la contrepartie, car c'est à lui qu'incombe la charge d'éduquer et de protéger son enfant. L'impossibilité pour le parent de s'exonérer par son absence de faute plaide pour une responsabilité découlant de son statut de parent et donc du lien de filiation⁵.

227. Reste à envisager le dernier critère, celui de la cohabitation. En dépit du caractère prépondérant de l'exercice de l'autorité parentale, la nécessité d'une cohabitation a été maintenue comme élément de la responsabilité des père et mère⁶. Cette condition se justifiait tant que cette responsabilité reposait sur une présomption de faute d'éducation ou dans le droit de garde et de surveillance résultant de la cohabitation instaurée entre les parents et l'enfant⁷. Afin de faciliter l'indemnisation de la victime, la jurisprudence a adopté une conception toujours plus « abstraite, voire désincarnée »⁸ de cette condition. La cohabitation est appréhendée comme étant la résidence habituelle de l'enfant fixée au domicile des

¹ V. *infra* n° 240.

² Cass., ass. plén., dans quatre arrêts en date du 13 décembre 2002 : n° 00-13787, n° 01-14007, *Bull* 2002, n° 4, p.7 ; n° 00-13787, n° 01-14007, *Bull crim* 2002, n° 3 p. 35 ; « attendu que, pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée [...] ».

³ V. J-C Bizot « La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur : de la faute au risque », in *rapport annuel de la Cour de cassation*, 2002, deuxième partie : « La responsabilité des père et mère de plein droit pour tout fait dommageable même non fautif du mineur vers laquelle s'oriente désormais la Cour de cassation, relève d'une conception objective fondée exclusivement sur l'exercice de l'autorité parentale, et dictée par la notion de « risque » et, finalement, par un souci d'indemnisation efficace des victimes. »

⁴ CA Dijon, 4 juillet 2012, *op. cit.*

⁵ Sur les causes d'exonération du parent v. *infra* nos 231 s.

⁶ V. les quatre arrêts de l'assemblée plénière du 13 décembre 2002 *op. cit.* ; G. Proutière-Maulion, « La notion de cohabitation dans la responsabilité des père et mère », *LPA* 26 septembre 2002.

⁷ Art. 371-3 C. civ.

⁸ J-C Bizot, *loc. cit.*

parents ou de l'un d'eux en cas de séparation judiciairement constatée¹. Cette cohabitation ne cesse pas de plein droit en cas de séparation de fait entre l'enfant et le parent chez lequel cette résidence est fixée. En l'absence de décision de justice, cette résidence est réputée fixée au domicile des parents². La Cour de cassation a considéré qu'en dépit du fait que l'enfant ait été confié par ses parents à sa grand-mère qui l'a élevé pendant douze ans, la cohabitation n'avait pas cessé pour autant. La Cour a donc conclu que les parents demeuraient pleinement responsables des dommages causés par l'enfant chez sa grand-mère³. Un parent-mineur demeure responsable tant qu'il exerce l'exercice de l'autorité parentale et tant que la résidence juridique de son enfant demeure fixée à son domicile, quelle que soit l'organisation familiale adoptée.

228. La cohabitation entre l'enfant et ses parents ne cesse qu'en raison d'une cause légitime. Cette cause est entendue limitativement par les juges, parce qu'ils considèrent que seule une décision de justice est de nature à faire cesser la cohabitation normalement attachée à l'exercice de l'autorité parentale, créant la césure entre l'une et l'autre, qu'il s'agisse de la « détermination de la résidence habituelle de l'enfant en cas de divorce ou de séparation de corps, ou pour l'enfant naturel sur lequel l'autorité parentale est exercée en commun »⁴. En l'absence de décision de justice organisant les modalités de la résidence de l'enfant au domicile de l'un ou l'autre de ses parents, elle est présumée fixée au domicile respectif de ses deux parents, tant qu'ils exercent sur lui l'autorité parentale. En l'absence d'un transfert ou d'une modification de la garde juridique de l'enfant, les parents sont réputés disposer de ce droit dans les mêmes proportions. Cette précision revêt une certaine importance pour les parents-mineurs, car ils sont également contraints de cohabiter avec leurs parents⁵. Lorsque l'enfant réside avec sa mère mineure ou plus rarement avec son père mineur, il s'agit soit de leur domicile personnel s'ils ont été autorisés à quitter leur domicile familial, soit le plus souvent de la résidence de leurs parents respectifs. Dans l'une ou l'autre de ces situations, les éléments de la responsabilité sont réunis à l'égard des deux parents-mineurs. Concernant le second parent (plus généralement le père), la séparation de fait d'avec la mère n'a aucune incidence sur la notion de cohabitation faute de décision contraire du juge⁶ fixant la résidence habituelle de l'enfant à l'un de leurs domiciles⁷. La résidence de l'enfant est réputée fixée à leur domicile respectif, ce qui correspond juridiquement à une résidence alternée, quelle que soient les

¹ Cass., civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, n° 98-14479, *Bull.* 2000, II, n° 14, p. 9 ; *JCP* 2001, I, p. 340, obs. G. Viney ; *RTD. civ.* 2001, p. 603, obs. P. Jourdain.

² J.-F. Eschylle, « Fiche pratique : La responsabilité civile des parents séparés », *AJ. fam.* 2010, p. 70.

³ Cass., ch. crim., 8 février 2005, n° 03-87447, *Bull. crim.* n° 44 ; *JCP* 2005, II, p. 10049, note Steinlé-Feueurbach ; *ibid.*, I, 149, n° 5, obs. G. Viney ; *RCJ* 2005, n° 119, note H. Groutel. La Cour a estimé que la cohabitation de l'enfant avec ses parents n'avait pas cessé pour une cause légitime ; F. Fournel, « La responsabilité des grands-parents du fait de leurs petits-enfants », *AJ. fam.* 2008, p. 150.

⁴ J.-C. Bizot *op. cit.*

⁵ Sauf autorisation de ces derniers, article 371-3 C. civ.

⁶ Ce qui implique la capacité des parents-mineurs à saisir le juge aux affaires familiales pour pouvoir obtenir une décision fixant la résidence habituelle de son enfant au domicile de l'un ou l'autre de ses parents, v. *infra* nos 374 s.

⁷ V. en ce sens : Cass., civ. 1^{ère}, 4 décembre 1963, *D.* 1964, p. 159, note P. Voirin ; et cela malgré l'article 108-2 C. civ. qui énonce que : « Le mineur non émancipé est domicilié chez ses père et mère. Si les père et mère ont des domiciles distincts, il est domicilié chez celui des parents avec lequel il réside. ».

modalités d'alternance prévues par les parents¹. La responsabilité parentale est une responsabilité partagée, chacun des parents étant responsable des dommages causés par leur enfant², tant qu'ils exercent en commun l'autorité parentale. Cette référence à la cohabitation a vocation à disparaître, le dernier projet de réforme de la responsabilité civile envisageant son abandon pur et simple³. Ce changement ne produira aucun effet notable sur la responsabilité civile des parents-mineurs, car ils bénéficient de la garde juridique de leur enfant, en l'absence de décision de justice contraire et tant qu'ils exercent l'autorité parentale sur sa personne⁴. Si l'un des parents exerce seul l'autorité parentale, lui seul supportera la responsabilité de plein droit du dommage causé par l'enfant, l'autre parent dépourvu de l'exercice de ce droit n'est responsable, même durant les périodes où il accueille l'enfant, que sur le fondement d'une faute personnelle de surveillance, qui ne peut être présumée⁵. Le parent-mineur dépourvu de l'exercice de l'autorité parentale sur son enfant ne sera responsable du dommage causé par ce dernier qu'en raison d'une faute personnelle. Leur responsabilité répond aux mêmes exigences du droit commun, ce qui limite les causes permettant aux parents-mineurs de s'exonérer⁶.

2. La responsabilité sans faute du parent-mineur

229. À l'origine, la responsabilité des père et mère était personnelle, ce qui impliquait non seulement la preuve de l'existence d'une faute de l'enfant, mais également d'une faute personnelle de son parent. Ce caractère personnel a progressivement reculé pour faciliter l'indemnisation de la victime, si bien que la faute parentale a été présumée du seul dommage causé par l'enfant. La jurisprudence partait du postulat selon lequel ce dommage ne se serait pas réalisé si le parent avait correctement surveillé ou éduqué son enfant⁷. Cette présomption n'influaient que sur la charge de la preuve en la renversant.

¹ La résidence alternée n'implique pas obligatoirement un partage égalitaire du temps passé par l'enfant au domicile de chacun de ses parents : A. Gouttenoire, « Autorité parentale : exercice », in *Dr. fam., op. cit.*, n°s 234. 86 s.

² Sur la responsabilité dans le cadre d'une résidence alternée v. P. Raynaud, « Responsabilité des père et mère et résidence alternée », *AJ. fam.* 2002, p. 133 ; G. Hilger, « La responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur sous l'angle de la résidence alternée », *AJ. fam.* 2108, p. 278. Sur les modalités et les conséquences de la résidence alternée : A. Gouttenoire, « Autorité parentale : exercice », *Dr. fam., op. cit.*, n°s 234. 81 s.

³ Projet de la réforme de la responsabilité civile de mars 2016, présenté le 13 mars 2017, par J.-J. Urvoas, garde des sceaux, ministre de la Justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016. Projet lui-même inspiré du « projet Catala » portant proposition pour la réforme du droit des obligations.

⁴ Le projet fait référence à l'exercice de l'autorité parentale dans son ensemble, mais c'est bien de l'autorité sur la personne dont dépend la responsabilité du parent car l'article 1246 de ce même projet précise qu'à l'égard des tuteurs ceux-ci n'encourent une responsabilité que s'ils sont chargés de la personne du mineur.

⁵ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 2 : Responsabilité civile et quasi-contrats*, éd. PUF, 4^{ème} éd., 2019, n°387, p. 418 ; A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, n°564, p. 441 ; Cass., civ. 2^{ème}, 19 février 1997, *Bull. civ.*, II, n° 55.

⁶ Sur les causes d'exonération en matière de responsabilité civile : L. Bloch, *L'exonération en Droit de la responsabilité civile*, Bordeaux, 2003.

⁷ « La responsabilité du père, en raison du dommage causé par son enfant mineur habitant avec lui, découle de ses obligations de surveillance et de direction sur la personne de ce dernier », Cass., civ. 2^{ème}, 12 octobre 1955, *D.* 1957, jurispr. p. 301, note Rodière ; *JCP G.* 1955, II, p. 9003, note P. Esmein ; v. également : P.-D. Ollier, *La responsabilité civile des pères et mères*, LGDJ, 1961 ; F. Boulanger, « Les rapports juridiques entre parents et enfants (perspectives comparatistes et internationales) », 1998, *Economica*, p. 132, n°s 125 s. ; P. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats », in *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz action, 2018-2019, n° 7404.

Le parent pouvait toujours s'exonérer en rapportant son absence de faute¹. En dépit de la difficulté inhérente à cette catégorie de preuves qui repose sur un fait négatif, les juridictions acceptaient régulièrement de prononcer cette exonération. La facilité ou la difficulté de ces preuves variait d'un tribunal à un autre, comme de l'espèce, « de plus en plus, la sanction du mauvais comportement des parents s'effaçait au profit du désir d'indemniser la victime. Des deux objectifs assignés à cette responsabilité dans les travaux préparatoires, la garantie prenait peu à peu le pas sur la faute personnelle. »². L'évolution de la responsabilité civile des père et mère du fait des dommages causés par leur enfant trouve une illustration de ses limites dans la situation des parents-mineurs³.

230. La place accordée à l'indemnisation des victimes s'est considérablement renforcée depuis le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation intervenu en 1997 avec l'arrêt Bertrand⁴. À cette occasion, la Cour a considéré que les parents ne pouvaient plus s'exonérer en apportant la preuve d'une absence de faute personnelle de leur part⁵. Depuis ce jour, seule la preuve d'une force majeure permet d'exonérer totalement le parent de sa responsabilité⁶. L'élément exonérateur invoqué par les parents doit donc revêtir les critères juridiques de la force majeure qui est classiquement définie comme : « un événement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure [...] à l'auteur du dommage [...] l'exonère de sa responsabilité »⁷. Une question se pose dans le cadre de la responsabilité des père et mère : les critères de la force majeure doivent-ils être envisagés du point de vue de l'auteur du dommage comme le laisse sous-entendre sa définition à savoir l'enfant, ou compte tenu de la spécificité de cette responsabilité, de celui des parents ?⁸

231. Apprécier la force majeure en se plaçant du point de vue de l'enfant ne présente qu'un intérêt relatif, car cela n'influe aucunement sur l'exonération de son parent, mais sur la responsabilité de l'enfant lui-même⁹. La force majeure ne fait qu'établir « que [l'enfant] n'est pas la cause du dommage et sert

¹ Ex. : Cass., civ. 2^{ème}, 12 octobre 1955, *op. cit.* : « La responsabilité parentale repose sur une présomption de faute et doit être écartée dès qu'il est établi que, tant du point de vue de l'éducation que de la surveillance, le père s'est comporté comme une personne prudente et n'a pu, ainsi empêcher l'acte dommageable » ; Cass., crim., 2 février 1972, n° 71-92608, *Bull. crim.* n° 43, p.103 : « Attendu qu'en ne constatant pas dans l'arrêt attaqué que les parents desdits mineurs avaient rapporté la preuve qu'aucune faute de surveillance et d'éducation ne pouvait leur être reprochée et qu'ainsi tombait la présomption de responsabilité existant à leur égard, les juges d'appel ont violé les textes visés au moyens ».

² V. J. Julien, « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, n° 70.

³ Pour une transposition aux parents majeurs protégés : G. Raoul-Cormeil, « L'incapable majeur civilement responsable du fait de son enfant mineur », *D.* 2006, p. 2016.

⁴ Cass., civ. 2^{ème}, 19 février 1997, n° 97-2111, *Bull.* 1997, II, n° 56 p.32 ; *Gaz. Pal.* 1997. 2, p. 572, note F. Chabas ; *D.* 1997, p. 265, note Jourdain ; *RCA* 1997. chron. p. 9, F. Leduc ; *D.* 1997. somm. p. 290, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1997, II, p. 22848, note G. Viney ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 2 : Responsabilité civile et quasi-contrats*, éd. PUF, 4^{ème} éd., 2019, n°392, p. 424.

⁵ A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 442, n° 566.

⁶ Le fait du tiers ne permet qu'une diminution du montant de la réparation due à la victime par le parent. À l'exception de l'hypothèse où le fait du tiers ne répondrait point par point aux critères juridiques de la force majeure. Cependant, en toute logique il deviendrait une force majeure et entraînerait l'exonération totale.

⁷ *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*

⁸ P. Jourdain, « Responsabilité du fait des mineurs : le changement de cap de la Cour de cassation », *D.* 1997, p. 265 ; C. Caron, « La force majeure : talon d'Achille de la responsabilité des père et mère », *Gaz. Pal.*, 1998, p. 1130.

⁹ Rappelons que la responsabilité des parents ne fait pas obstacle à la responsabilité personnelle de l'enfant ; v. *infra* n° 245.

alors à prouver que le dommage ne résulte pas du fait directement causal de l'enfant »¹. Comme l'enfant ne peut être à l'origine direct du dommage, le parent ne peut être civilement responsable et n'a nullement besoin de s'exonérer. La force majeure envisagée comme exonération des père et mère doit s'analyser de leur point de vue et non de celui de l'enfant. La jurisprudence est restée pendant longtemps implicite sur cette question. Il faudra attendre un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 17 février 2011² pour que ce principe soit clairement formulé. En l'espèce, un cycliste a percuté un enfant qui se trouvait en bordure d'une piste cyclable. Le cycliste a recherché la responsabilité des parents afin d'obtenir réparation de son dommage. La Cour d'appel de Paris a estimé que la victime avait : « empiété sur la partie de la chaussée qui n'était pas réservée aux seuls cyclistes, à vive allure [...], et sans prendre les précautions nécessaires pour éviter les autres usagers de la route ». La Cour a estimé que ce comportement était constitutif d'une faute d'imprudence de la victime de nature à exonérer le père de l'enfant de toute responsabilité. La faute de la victime ne peut exonérer totalement la responsabilité du parent, que si elle revêt les caractéristiques d'une force majeure³. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel, car les juges du fond n'avaient pas indiqué en quoi : « la faute retenue à l'encontre de [la victime] avait été pour le responsable [le père] un événement imprévisible et irrésistible ».

232. En statuant en ce sens, la Cour a réintroduit une certaine subjectivité là où le comportement du responsable était pourtant devenu indifférent⁴. Cette subjectivité transposée à la responsabilité civile d'un parent-mineur en raison du dommage causé par son enfant revêt une importance particulière en raison de son statut de mineur. En considérant que la faute de la victime pouvait revêtir le caractère d'une force majeure du point de vue du parent, la Cour permet dans une certaine mesure de réintroduire l'existence d'une faute dans l'exécution des obligations parentales⁵. C'est parce que le parent n'a pas anticipé un comportement prévisible et donc résistible de la victime qu'il n'a pas été en mesure d'influer sur celui de son enfant afin d'éviter la réalisation du dommage. C'est ce manque de prévoyance qui permet de caractériser la faute du parent. *A contrario*, si le comportement de la victime est imprévisible et irrésistible, les père et mère peuvent être exonérés de leur responsabilité, car leur action ne pouvait « empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité »⁶. Par cet arrêt, la Cour redonne un intérêt à

¹ P. Jourdain « Responsabilité des père et mère et force majeure : vers l'incohérence », *RTD. civ.*, 2001, p. 544 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 2 : Responsabilité civile et quasi-contrats*, éd. PUF, 4^{ème} éd., 2019, n°394, pp. 425 s.

² Cass., civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-30439, *Bull.* 2011, II, n° 47 ; *D.* 2011, p. 1117, note M. Bouteille ; *Gaz. Pal.*, 4-5 mai 2011, obs. M. Mekki ; *RCA* 2011. comm. p. 164, note. F. Leduc.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 2 : Responsabilité civile et quasi-contrats*, éd. PUF, 4^{ème} éd., 2019, n°393, p. 425.

⁴ Arrêt Bertrand, *op. cit.*

⁵ Pour comparaison avec le parent majeur protégé : G. Raoul-Cormeil, « L'incapable majeur civilement responsable du fait de son enfant mineur », *D.* 2006, p. 2016, spéc. n°10.

⁶ Art. 1242 al. 7 C. civ., à l'impossible nul n'est tenu, pas même un parent.

cette exonération dont la mise en œuvre devenait théorique, faute de pouvoir s'appliquer au comportement de l'enfant auteur du dommage en l'absence du critère d'extériorité de la force majeure¹.

233. Cette appréciation subjective de l'attitude du parent face à la faute de la victime pourrait offrir aux juridictions confrontées à la responsabilité des parents-mineurs l'opportunité de prendre en considération des éléments tels que leur âge, leur maturité, ou leur discernement pour déterminer s'ils étaient effectivement susceptibles d'empêcher la réalisation du dommage causé par leur enfant. La faute de la victime peut être de nature à faire échec à une responsabilité de plein droit inadaptée à leur situation, compte tenu du maintien de leur statut de mineur, mais encore faut-il que les critères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité du comportement de la victime ne soient pas envisagés *in abstracto* : en considération du comportement d'un parent normalement diligent placé dans une situation identique. Dans ce cas, l'âge du parent ou sa situation juridique personnelle est indifférente et le parent-mineur sera traité sur un pied d'égalité avec les autres parents, dont la majorité permet d'exiger une plus grande vigilance. Seule une approche *in concreto* est susceptible de prendre en compte les possibilités réelles du parent pour anticiper le comportement de la victime et éviter la réalisation du dommage en influant sur l'enfant. Cette dernière éventualité paraît la plus intéressante, car elle redonne un sens à la formulation de l'alinéa 7 de l'article 1242 du Code civil qui rappelle que la responsabilité du fait d'autrui a lieu, à moins que les père et mère ne prouvent qu'ils n'étaient pas en mesure d'empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. Cette analyse offre une plus grande souplesse en introduisant une gradation dans la responsabilité parentale qui n'a pas seulement vocation à concerner des parents majeurs, mais également des parents vulnérables parmi lesquels figurent les parents-mineurs.

234. Cette réflexion ne correspond pas au mouvement général de la responsabilité civile qui tend à rechercher l'indemnisation systématique de la « victime » de l'enfant au détriment d'une véritable responsabilité du parent impliquant de tenir compte de ses aptitudes². Le droit de la responsabilité civile des père et mère fait preuve d'une plus grande bienveillance envers le comportement de la victime qu'à l'égard du parent. Le droit positif exige d'un parent-mineur une vigilance et une maîtrise de tout instant

¹ V. P. Jourdain : « Causes d'exonération de la responsabilité parentale : les ambiguïtés et l'inconsistance de la force majeure », *RTD cin.* 1999, p. 410 ; plus récent du même auteur : « Causes d'exonération de la responsabilité des père et mère : la force majeure pratiquement inefficace et théoriquement inconcevable », *D.* 2000, p. 468. : « C'est ce qu'exprime la condition d'extériorité de la force majeure qui a pour fonction d'exclure des causes d'exonération le fait des personnes dont le défendeur répond, ce fait fût-il irrésistible et imprévisible pour lui. S'il en est ainsi, on ne voit pas quelle circonstance pourrait constituer un cas de force majeure pour les parents. Pire, l'idée même d'une exonération des parents pour force majeure devient théoriquement inconcevable puisque leur comportement est indifférent ; car si la responsabilité des père et mère est engagée du seul fait du mineur, il est inopérant de démontrer qu'ils ne sont pour rien dans la production du dommage ».

² La responsabilité civile est marquée par un fort mouvement de balancier alternant entre l'objectif d'indemnisation et celui de la responsabilité des auteurs désignés, or il semble que ce mouvement tend à s'inverser : v. notamment le projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017, *op. cit.*, qui réintroduit l'exigence d'un comportement fautif de l'enfant comme éléments générateur de la responsabilité parentale, article 1245 al. 2, v. *infra* nos 242 s.

sur son enfant¹, contrairement à sa victime potentiellement majeure qui ne peut se voir reprocher qu'un comportement imprévisible et irrésistible pour le parent. Si cette sévérité peut s'expliquer par la volonté de permettre une indemnisation de la victime, cette justification n'a que peu d'impact concernant un parent-mineur. Même en engageant la responsabilité parentale, la victime ne fait qu'éviter la dépendance et l'insolvabilité de l'auteur du dommage pour finalement être confronté à celles de ses responsables légaux². L'abandon de la faute du parent comme élément déclencheur de sa responsabilité fait du parent-mineur le garant précaire du comportement de son enfant.

B- Le comportement de l'enfant à l'origine de la responsabilité du parent-mineur

235. La responsabilité du parent est aujourd'hui appréhendée comme une véritable responsabilité du fait d'autrui. L'élément déclencheur n'est plus à rechercher auprès du responsable, mais dans le comportement de la personne de laquelle il répond. D'abord conçue comme une responsabilité du fait fautif de l'enfant, cette approche a également été objectivée toujours dans un but de faciliter l'indemnisation des victimes. En effaçant progressivement l'aspect personnel de la responsabilité, représenté par la faute, les parents sont devenus les garants du simple fait dommageable de leur enfant (1). Chaque parent est soumis à un risque de responsabilité identique résultant de l'autorité qu'il a vocation à exercer sur son enfant. Pour restaurer l'aspect personnel de cette responsabilité, le législateur envisage de réintroduire la faute de l'enfant comme élément d'imputation de la responsabilité parentale (2).

1. De la responsabilité du comportement fautif de l'enfant à celle du simple fait causal du dommage

236. La responsabilité parentale du Code civil de 1804 reposait sur la démonstration d'une double faute. La faute des parents dans l'exercice de leurs devoirs et obligations était combinée au comportement fautif de l'enfant. La responsabilité parentale était conçue comme une responsabilité indirecte reposant sur un fait générateur³ : la faute de l'enfant⁴. Pour prétendre à l'indemnisation par les parents, il était important que la responsabilité civile de l'enfant puisse être également engagée sur le

¹ « Nous qui avons presque entièrement soustrait à l'autorité parentale la personne et les biens des enfants, nous qui fixons à un âge si peu avancé le terme de leur indépendance, comment imputerions-nous aux pères tant de fautes qu'ils ne peuvent empêcher ? » paroles attribuées à Maximilien Robespierre, Mémoire présenté à l'Académie de Metz, 1783, Citation de L. Dingli, Robespierre, *Flammurion*, 2004, pp. 35-36.

² « Les rédacteurs du Code civil avaient été dès le départ sensibles au danger qu'il y avait pour les victimes des dommages causés par les mineurs d'être soumises au régime général de la faute prouvée de l'article 1382 du Code civil, de n'avoir en face d'eux que des auteurs dépendants et insolubles. » : F. Boulanger « Autorité parentale et responsabilité des père et mère des faits dommageables de l'enfant mineur après la réforme du 4 mars 2002 », *D.* 2005, p. 2245.

³ J. Julien « Responsabilité des père et mère », *op. cit.*, n° 85.

⁴ *Ibid.* n° 16 : « La question aujourd'hui posée est de savoir si la responsabilité du fait d'autrui est directe ou pas [...] il s'agirait de savoir si la responsabilité du fait d'autrui repose sur un véritable fait générateur ou sur un simple acte causal [...]. Plus fondamentalement, il s'agit de déterminer si ce mécanisme est encore celui d'une responsabilité du fait d'autrui ou bien d'une garantie du fait d'autrui ».

fondement de la responsabilité personnelle de l'article 1240 du Code civil¹. L'articulation de ces deux responsabilités confrontait la victime à un véritable écueil. Comment imputer un comportement fautif à un enfant dénué de discernement ?

237. De la réponse à cette interrogation dépendait la responsabilité du parent et donc l'indemnisation de la victime². Faute d'un discernement suffisant pour comprendre le caractère fautif de son comportement, il ne pouvait y avoir de responsabilité personnelle³ et par voie de conséquence, de responsabilité parentale. La responsabilité du parent-mineur ne pouvait être retenue, car elle se heurtait à l'absence de discernement de son enfant. L'importance du discernement était également liée à l'aspect sanction de la responsabilité civile et à « la nature "morale" de la faute qui impliquait [...] que son auteur en eût conscience, donc qu'il fût doué de discernement »⁴. La notion de discernement, en raison de sa nature personnelle comporte encore aujourd'hui une forte subjectivité⁵. Pour cette raison, la loi laissait au juge le soin de déterminer si l'enfant disposait au moment des faits des « capacités de réflexion et de jugement [...] suffisamment développées pour qu'il puisse avoir pleine conscience de tous les dangers »⁶ engendrés par son comportement. La responsabilité civile des père et mère ne s'appliquait qu'aux enfants aptes à comprendre le caractère inadapté de leur comportement. L'appréciation du discernement avait progressivement créé une forte disparité entre les solutions rendues par les différentes juridictions. La responsabilité parentale dépendait plus généralement de l'équité ou de la capacité des parents à réparer le dommage subi par la victime que de la capacité réelle de leurs enfants à comprendre la portée de ses actes⁷. Il était donc loisible au juge de conclure à l'absence de discernement de l'enfant en raison de l'insolvabilité de ses parents⁸. Cette interprétation du discernement détaché de tout lien avec l'aptitude de l'enfant à comprendre la portée de ses actes conduit

¹ Anc. art. 1382 C. civ.

² Le problème a été résolu à l'égard des personnes majeures ayant causé un dommage sous l'empire d'un trouble mental par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 qui a créé l'article 414-3 C. civ.

³ Ex. : Cass., civ. 2^{ème}, 8 février 1962, *Bull.* n° 180 : En l'espèce, la cour avait validé les arguments avancés par une cour d'appel, selon laquelle : « les capacités de réflexion et de jugement d'un enfant de onze ans ne sont pas suffisamment développées pour qu'il puisse avoir pleine conscience de tous les dangers qu'il y a à jouer avec un arc et des flèches [...] que l'inconscience que le jeune avait du danger ne permettait pas de lui imputer la faute du geste qui lui est reproché que son absence de discernement était incompatible avec le pouvoir de direction, d'usage et de contrôle sur la flèche qu'il détenait ». La responsabilité du père avait été écartée en raison de l'absence de cohabitation avec l'enfant et le pourvoi ne portait que sur la responsabilité personnelle de l'enfant. (Cet arrêt est intéressant car les faits sont similaires à ceux qui ont conduit au revirement de l'arrêt « Fullenwarth », v. *infra* n° 240).

⁴ J-C Bizot, *loc. cit.*

⁵ V. *infra* nos 728 s.

⁶ Cass., civ. 2^{ème}, du 8 février 1962, *op. cit.*

⁷ « En réalité, la question du discernement s'est révélée insatisfaisante. Elle l'était pour la victime qui se voyait privée d'indemnisation si l'auteur du dommage était déclaré non discernant. Elle l'était aussi pour l'esprit de justice puisqu'un enfant de 3 ans pouvait être déclaré discernant par une juridiction, alors qu'un mineur de 14 ans pouvait être jugé ne pas disposer du discernement nécessaire par un autre tribunal. Le plus souvent, les juges décidaient du discernement en fonction de l'objectif visé. Si l'équité, selon eux, exigeait que la victime fût indemnisée, l'enfant était considéré avoir agi avec intelligence et volonté. En revanche, si les parents n'avaient pas souscrit d'assurance "responsabilité civile", il n'était pas rare que les juridictions eussent déclaré l'enfant non discernant. » : D. Youf, *L'enfant doit-il être tenu pour responsable de ses actes ?*, Cités, vol. 6, n° 2, 2001, pp. 215-228. Disponible à l'adresse : <http://www.cairn.info/revue-cites-2001-2-page-215.htm> [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁸ L'âge n'a jamais été une garantie contre la survenance d'un dommage. Il peut potentiellement survenir dès que l'enfant est en mesure de se mouvoir. Sa probabilité de réalisation et sa gravité sont liées à ses activités [jeux, pratiques sportives (rugby, tir à l'arc...), locomotion (vélo, trottinette, cyclomoteur...), etc.] activités qui évoluent indirectement avec l'âge de l'enfant. L'âge n'est qu'un facteur aggravant de l'ampleur et de la survenance d'un dommage, il n'en est pas la cause.

à une trop grande complexité dans la compréhension des solutions rendues, au risque de porter atteinte à la sécurité juridique. Pour y remédier, le comportement à l'origine de la responsabilité parentale a fait l'objet d'une première tentative d'objectivation permettant de se détacher de la notion de discernement.

238. Par une interprétation très stricte de l'alinéa 7 de l'article 1384, les juges ont déduit la responsabilité des père et mère chaque fois que le fait de l'enfant à l'origine du dommage était d'une nature objectivement illicite¹. L'appréciation *in concreto* de la faute de l'enfant par l'examen de son discernement, a laissé place à une appréciation *in abstracto*. L'acte commis par l'enfant est appréhendé indépendamment de son auteur, comparé au comportement d'une personne abstraite du même âge normalement prudente et diligente placée dans une même situation. Avec cette évolution, la responsabilité civile des père et mère avait trouvé un certain équilibre entre volonté d'indemnisation de la victime et l'aspect personnel de la responsabilité, en conciliant la notion de faute avec le statut spécifique de la minorité. L'indemnisation de la victime devenait possible sans pour autant considérer le parent « comme fautif d'un fait irréprochable »² commis par l'enfant.

239. Cet équilibre a été rompu par plusieurs arrêts d'assemblée plénière de la Cour de cassation intervenus le 9 mai 1984, et plus particulièrement avec l'arrêt « Fullenwarth »³. Dans cet arrêt, la Cour a objectivé à l'extrême les mécanismes juridiques de la responsabilité civile, faisant basculer l'équilibre au profit de la réparation de la victime de l'enfant. En l'espèce, comme pour l'arrêt rendu quelques années plus tôt⁴, un enfant de 7 ans⁵ avait crevé l'œil d'un de ses camarades de jeu en maniant un arc. Les juges du fond⁶ avaient retenu la responsabilité du père en se référant à l'acte objectivement fautif, évitant l'écueil du discernement de l'enfant conformément à la jurisprudence de l'époque. Lors du pourvoi, la Cour de cassation a procédé à un revirement de sa position en estimant que « pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime ». Par cet arrêt, les père et mère sont rendus responsables du comportement de leur enfant quel que soit son âge dès l'instant où il cause directement un dommage. Certaines interrogations demeuraient à l'égard de la notion d'« acte commis par l'enfant ». En dépit de la disparition de toute référence à sa faute, la deuxième Chambre civile a continué de se référer à la

¹ « Celle-ci consistait à considérer le geste de l'enfant *in abstracto*, c'est-à-dire à analyser la nature de l'acte commis indépendamment de son auteur. [...] Pour savoir si la blessure provoquée par un enfant avec un arc et des flèches est un acte illicite, la juridiction de fond doit s'interroger pour savoir si l'auteur du dommage, abstraction faite de son âge, a pris toutes les précautions nécessaires pour éviter l'accident. », D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 104.

² Cass., 19 mai 1953 : « La responsabilité des père et mère suppose une faute du fils mineur ayant causé un préjudice. Les parents ne peuvent être considérés comme fautifs d'un fait irréprochable. », cité par D. Youf, « L'enfant doit-il être tenu pour responsable de ses actes ? », *op. cit.*

³ Cass., ass. plén., 9 mai 1984, n° 79-16612, *Bull.* 1984, ass. plén. n° 4 ; D. 1984, p. 525, 2^{ème} arrêt note F. Chabas ; JCP 1984, II, n° 20555, 2^{ème} arrêt, note N. Dejean de la Bâtie ; RTD. civ. 1984, p. 508, obs. J. Huet.

⁴ Cass., civ. 2^{ème}, 8 février 1962, *Bull.* n° 180, *op. cit.*

⁵ Dans l'arrêt du 8 février 1962, l'enfant auteur du dommage était âgé de 11 ans.

⁶ CA Metz, ch. civ., 25 septembre 1979.

notion de faute, indépendamment du discernement de son auteur¹. Cet arrêt a réaffirmé l'appréhension *in abstracto* de la faute du mineur détachée de l'appréciation de son discernement².

240. La signification de l'« acte commis par l'enfant » n'est apparue que bien plus tard, avec l'arrêt « Levert »³. En l'espèce, lors d'une partie de rugby improvisée dans une école, un enfant a plaqué l'un de ses camarades, lui causant un dommage. La Cour d'appel d'Orléans avait écarté la responsabilité des parents, le comportement de l'enfant n'étant constitutif ni d'une faute ni d'un comportement objectivement illégal, car il avait « observé loyalement les règles de ce jeu » et que la victime avait « nécessairement accepté de se soumettre à ces règles [...] et aux risques que présentait celui-ci ». Comme la responsabilité personnelle de l'enfant ne pouvait être engagée en l'absence de comportement objectivement illicite, il n'y avait pas lieu d'apprécier celle de ses parents. À ce raisonnement, la Cour de cassation a répondu que « la responsabilité de plein droit encourue par les père et mère du fait des dommages causés par leur enfant mineur habitant avec eux n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de l'enfant ». Cette solution parachève le mouvement d'objectivation de l'élément d'imputation qui conduira à terme à faire d'un parent-mineur le garant précaire du comportement normal de son enfant. La responsabilité parentale étant envisagée au seul motif que l'enfant est impliqué directement dans un dommage, les parents peuvent être amenés à répondre d'un fait irréprochable de leur enfant au seul motif qu'ils exercent l'autorité parentale et qu'ils résident juridiquement avec eux. La responsabilité représentant la contrepartie de l'autorité parentale, les parents-mineurs sont amenés à répondre des dommages causés par le comportement normal de leur enfant non discernant. La responsabilité qu'ils assument à l'égard de leur enfant est donc supérieure à celle qu'ils encourent à titre personnel. Cette évolution a été confirmée par deux arrêts d'assemblée plénière du 13 décembre 2002⁴ qui en font la synthèse dans leurs solutions respectives : « pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait même non fautif du mineur ». La responsabilité des père et mère trouve son élément déclencheur dans un fait purement objectif, qui les rend responsables même d'un comportement normal de l'enfant. Il convient une nouvelle fois de rappeler que l'évolution de la responsabilité civile des parents a trouvé sa justification

¹ Cass., civ. 2^{ème}, 12 décembre 1984, *Bull.* n° 193 : sur un dommage causé par un enfant de 7 ans : « La cour d'appel, qui n'était pas tenue de vérifier si le mineur était capable de discerner les conséquences de son acte, a caractérisé la faute commise par lui » ; v. J.-C. Bizot, *op. cit.* : « La jurisprudence s'est donc montrée fort prudente après l'arrêt « Fullenwarth ». Dans tous les cas où le principe posé par cet arrêt a été appliqué, il était en effet toujours possible de retenir la responsabilité des père et mère au titre d'une faute ou d'un fait objectivement illicite de l'enfant. Ainsi que : Cass., civ. 2^{ème}, 14 novembre 1984, *Bull.* n° 168 ; 13 avril 1992, *Bull.* n° 122 ; 3 février 1993, *Bull.* n° 49 ».

² Depuis la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 qui a introduit l'article [anc.] 489-2 C. civ. (ce texte a été remplacé et ses dispositions figurent aujourd'hui à l'article 414-3 C. civ. depuis la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007).

³ Cass., civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, n° 99-11287, *Bull.* 2001 II n° 96, p. 64 ; *D.* 2001, p. 2851, rapp. G. Guerder, note crit. O. Tournafond ; *D.* 2002, somm. p. 1315, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2001, II, p. 10614, note crit. J. Mouly ; *Défrénois* 2001, art. 37423, note É. Savaux ; *LPA* 3 décembre 2001, n° 240, p. 10, note F. Niboyet ; J. Julien, « Remarques en contrepoint sur la responsabilité des parents », *Dr. fam.*, 2002, étude 7 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 2 : *Responsabilité civile et quasi-contrats*, éd. PUF, 4^{ème} éd., 2019, n°390, pp. 422 s.

⁴ Cass., ass. plén., arrêt « Minc » et « Pouillet » du 13 décembre 2002, *op. cit.*

dans la volonté de faciliter l'indemnisation des victimes de l'enfant. Dans la situation de parents-mineurs, la victime évite la dépendance du mineur auteur pour se confronter à la précarité du mineur parent, en l'absence de revenus ou de ressources personnelles. L'objectivation de la responsabilité civile des père et mère expose les parents les plus vulnérables à une responsabilité fondée sur un risque qu'ils ne peuvent assumer seuls et dont la sévérité ne pourrait être compensée qu'avec la création d'un mécanisme d'indemnisation fondé sur la solidarité¹ entre tous les parents exposés à un même risque.

2. De la responsabilité du simple fait causal de l'enfant au retour à l'exigence d'un comportement fautif

241. La responsabilité des parents peut être engagée « alors même qu'aucun d'entre eux (parents ou enfants mineurs) ne pourrait voir sa responsabilité personnelle engagée en l'absence de fait générateur. [...] Il eût été préférable de s'en tenir à l'exigence d'un acte objectivement illicite ou anormal »². En l'état du droit positif, aucun parent n'est à l'abri de la responsabilité qui pèse sur lui du fait de son enfant. Cette « épée de Damoclès » fait de lui le garant du comportement normal de son enfant en dépit de la précarité de sa situation personnelle. Certains auteurs n'ont pas hésité à établir un parallèle entre la responsabilité des père et mère avec celle résultant du fait des choses³, ou encore avec la responsabilité des accidents de la circulation issue de la loi du 5 juillet 1985⁴, chacune d'elles reposant sur la notion d'implication dans le dommage. Ces auteurs sous-entendent que la recherche de l'indemnisation de la victime s'est faite au détriment de la qualité de personne des enfants de laquelle résultait la notion de faute. L'appréciation de l'action et du discernement du mineur a évolué ici à rebours de tous les autres domaines du droit consacré à l'enfant, au risque de lui nier toute subjectivité en le réduisant, quel que soit son âge, à un rôle strictement causal similaire à celui des choses ou de l'animal⁵. Cette évolution de la responsabilité civile des parents se heurte à la responsabilité de leurs enfants, créant une véritable dissonance.

242. Lors des différents arrêts intervenus le 9 mai 1984, l'assemblée plénière de la Cour de cassation n'a pas fait que revenir sur la responsabilité des père et mère, elle a également modifié les conditions de la responsabilité personnelle des enfants. Elle a considéré qu'il n'était plus obligatoire de démontrer que l'enfant disposait d'un discernement suffisant pour comprendre le caractère fautif de son

¹ V. *infra* nos 252 s.

² A. Vignon-Barrault, « Droit à réparation- responsabilité du fait d'autrui- Domaine responsabilité du fait des père et mère », in *J.-Cl. civ.*, Code, fasc. 141, n° 8, « fait causal de l'enfant ».

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 2 : Responsabilité civile et quasi-contrats*, éd. PUF, 2010, p. 317. : « La responsabilité des père et mère se rapproche plutôt de la responsabilité du fait des choses : ils doivent garantir tout dommage causé par le fait de leur enfant mineur, comme le gardien vis-à-vis du fait des choses dont il a la garde » ; v. également : H. Groutel, « L'enfant mineur ravalé au rang de simple chose ? » *Responsabilité et Assurances*, 2001, étude 18 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 2^{ème} éd., n° 427, p. 272.

⁴ J-C Bizot *op. cit.* : « L'on s'est acheminé ainsi, non sans de fortes réserves ou critiques d'une partie de la doctrine, vers la reconnaissance d'une véritable responsabilité principale de plein droit des père et mère fondée exclusivement sur les notions d'implication et de causalité, dans un sens assez proche de celui fixé par la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation, et dans une optique prioritaire délibérée d'indemnisation efficace des victimes. C'est, désormais, la notion de responsabilité « pour risque » qui l'emporte, semble-t-il. ».

⁵ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant, op. cit.*, p. 107

comportement pour engager sa responsabilité personnelle¹. La Cour a objectivé la faute de l'auteur et non l'enfant lui-même, ce qui a permis de concilier la volonté d'indemnisation avec la nature particulière de l'auteur du dommage, sans que sa personnalité juridique soit occultée. La faute de l'enfant et tout particulièrement de l'*infans* est appréciée *in abstracto*, contournant les difficultés liées à l'appréciation de son discernement². Seuls les comportements manifestement fautifs peuvent donner lieu à une responsabilité personnelle de l'enfant.

243. Cette divergence offre deux visions radicalement différentes et potentiellement inconciliables du statut juridique de la minorité. Cette difficulté se manifeste par la possibilité accordée à la victime de l'enfant de rechercher, non seulement la responsabilité des parents, mais également celle de l'auteur. La Cour de cassation a rappelé que « la minorité de l'auteur du dommage n'exclut pas sa responsabilité et ne fait pas obstacle à sa condamnation personnelle sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du Code civil »³. Pour un même comportement, il est donc essentiel d'envisager l'enfant auteur de deux manières différentes. D'un côté en tant que titulaire de la personnalité juridique dont la nature particulière et l'imaturité nécessitent d'appréhender le comportement de façon objective, et de l'autre, en tant qu'élément réifié, dont le comportement même normal engendre une responsabilité lorsqu'il cause un dommage, aggravant considérablement la responsabilité parentale⁴. Le parent-mineur est donc davantage responsable de son enfant qu'il ne l'est de lui-même. À vouloir l'indemnisation systématique des dommages causés par un enfant, le droit a progressivement occulté sa personnalité juridique pour sur-responsabiliser ses parents. L'accroissement de la responsabilité parentale trouve son écueil dans la vulnérabilité des parents-mineurs en raison de la précarité de leur situation et de leur dépendance à leurs parents. Le retour à l'exigence d'un acte⁵ objectivement illicite ou anormal est non seulement

¹ Cass., ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93031, *Bull.* 1984, assemblée plénière n° 2 ; *G.AJC*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2000, n° 186 ; *JCP* 1984, II, p. 20526, note Jourdain ; *RTD. civ.* 1984, p. 508, obs. J. Huet ; H. Mazaud, « La "faute objective" et la responsabilité sans faute », *D.* 1985. chron. p. 13 ; G. Viney, « La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance », *JCP* 1985, I, p. 3189 ; sur la distorsion entre responsabilité délictuelle et incapacité contractuelle du mineur : I. Maria, « Capacité contractuelle et capacité délictuelle : exemple de distorsion discuté », *Dr. fam.* 2009. comm. p. 146.

² Au même titre que les majeurs agissants sous l'empire d'un trouble mental ; art. 489-2 C. civ.

³ Cass., civ. 2^{ème}, 20 octobre 2016, n° 15-25465, *D. actu.*, 8 novembre 2016, note N. Kilgus.

⁴ « Si l'affaiblissement du principe d'autorité et le déclin de la solidarité familiale, lui-même accentué par le développement du rôle de l'État dans le domaine de l'éducation des enfants ont, dans un premier temps, favorisé une certaine indulgence à l'égard des parents et par conséquent un relatif allègement de leur responsabilité, la sollicitude croissante du législateur et des tribunaux à l'égard des victimes et le développement de la pratique de l'assurance ont en revanche, par la suite influencé l'interprétation jurisprudentielle dans le sens opposé » : G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 870.

⁵ Entendu comme un fait juridique.

souhaitable, mais nécessaire¹. L'état du droit antérieur à l'arrêt « Levert »² présente un intérêt juridique indéniable pour les parents-mineurs.

244. Le premier argument avancé pour justifier ce retour au droit antérieur est qu'il permet de rompre avec l'exigence d'une vigilance infaillible, qui s'impose à tout instant aux parents en raison d'un fait générateur pouvant actuellement résulter d'un acte irréprochable³. Cette évolution permettrait de retrouver une certaine cohérence entre la responsabilité personnelle des mineurs et la responsabilité qu'ils endossent une fois devenus parents. En tant que parent, le mineur n'est plus appréhendé comme une personne susceptible de commettre des erreurs en raison du risque de dommage perpétuel auquel son enfant expose les tiers. Le parent-mineur se voit confier la garde du comportement⁴ de son enfant, fondée d'une part sur sa garde matérielle résultant de l'obligation légale de cohabitation, et d'autre part sur la garde de son comportement par l'autorité parentale qu'il exerce sur lui⁵. L'évolution prévue se fonde sur l'idée selon laquelle « la victime ne doit pas pouvoir obtenir réparation dans le cas d'une responsabilité-relais, alors qu'elle ne le pourrait pas si la responsabilité des parents était recherchée pour un fait qui leur serait personnel »⁶. Cela signifie que la responsabilité du fait d'autrui ne peut s'étendre au-delà de ce qui est couvert par la responsabilité personnelle. Le retour à une imputation fondée sur une faute objective de l'enfant permet de renouer avec la notion de sanction civile et éviter une indemnisation automatique injustifiée de la victime.

¹ A. Vignon-Barrault, « Droit à réparation. - Responsabilité du fait d'autrui. - Domaine. Responsabilité des père et mère », *loc. cit.* ; v. aussi le projet Catala, art. 1355 et s. : « Ces responsabilités [du fait d'autrui] sont strictes. Elles ne sont pas subordonnées à la preuve de la faute du responsable, mais à celle d'un fait qui aurait été susceptible d'engager la responsabilité personnelle de l'auteur direct s'il n'avait pas agi sous le contrôle d'autrui. ».

² Arrêt Cass., civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, n° 99-11287. Cette solution sera en partie reprise par l'assemblée plénière dans ses arrêts du 13 décembre 2002, *op. cit.*, rendant le parent responsable du fait normal de son enfant. Il serait éventuellement possible de faire remonter l'abandon de la faute à l'arrêt « Fullenwarth » (*op. cit.*), mais la formulation adoptée par les juges était à cette époque une source d'hésitation. La référence à « un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime », n'a pas permis de préciser si l'« acte » faisait toujours référence à une faute appréhendée *in abstracto*, ou renvoyait à n'importe quel « fait » commis par l'enfant et qui s'avère être à l'origine du dommage. Sur ce point, v. J.-C. Bizot, *op. cit.* : « La jurisprudence s'est donc montrée fort prudente après l'arrêt « Fullenwarth ». Dans tous les cas où le principe posé par cet arrêt a été appliqué, il était en effet toujours possible de retenir la responsabilité des père et mère au titre d'une faute ou d'un fait objectivement illicite de l'enfant. Ainsi que : 2^{ème} civ, 14 novembre 1984, *Bull.* n° 168 ; 13 avril 1992, *Bull.* n° 122 ; 3 février 1993, *Bull.* n° 49 ».

³ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription 15 juin 2007, disponible sur le site de la Cour de cassation -publications- discours tribunes et entretiens- archives- discours de 2007.

⁴ À l'égard des individus le droit de garde est composé des pouvoirs de direction et de contrôle sur la personne, ce qui n'est pas sans rappeler la garde des objets qui reprend la notion de « direction » et de « contrôle ». S'ajoute à l'égard des choses l'« usage » qui ne peut être appliqué à une personne sauf à la considérer juridiquement comme un objet.

⁵ V. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 2 : Responsabilité civile et quasi-contrats*, éd. PUF, 4^{ème} éd., 2019, nos 386 s. ; D. Youf *Penser les droits de l'enfant, op. cit.*, p. 107.

⁶ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription 15 juin 2007, *op. cit.* : « Il est ainsi proposé de mettre fin à la jurisprudence qui subordonne actuellement la responsabilité des parents à un simple fait causal de la part de l'enfant (Cass Ass Plén 9 mai 1984 *Bull.* n° 4), même non fautif (Cass., civ. 2^{ème}, 10 mai 2001 *Bull.* n° 96 ; 3 juillet 2003, *Bull.* n° 230). [...] À titre d'illustration, n'engage pas sa responsabilité un majeur qui, à l'occasion de la pratique d'un sport, occasionne un dommage à un autre sportif lorsque les règles du jeu ont été respectées (Cass, civ 2^{ème}, 16 novembre 2000, *Bull.* n° 151). De même, la responsabilité d'un club de sport est écartée, lorsque ses adhérents n'ont commis aucune faute au regard des règles du jeu (Cass., civ. 2^{ème}, 20 novembre 2003, *Bull.* n° 356 s'agissant de la pratique du rugby). »

245. L'évolution du droit envisagé dans le cadre du projet de réforme présenté en mars 2017¹ est opportune. Dans son article 1245, le Code civil conditionne toutes les responsabilités du fait d'autrui² à « la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage. ». Pour engager la responsabilité de plein droit des parents-mineurs, la victime devra en cas d'adoption de la réforme, apporter la preuve d'une faute de l'enfant, qui peut être un fait « objectivement illicite ou anormal » lorsqu'il s'agit d'un *infans*. La faute est définie par le projet comme étant « la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence », renvoyant à l'idée d'un comportement manifestement illicite. Un parent-mineur ne pourra plus être considéré comme garant du comportement normal de son enfant. La réintroduction d'une imputation résultant d'un comportement fautif peut avoir une conséquence factuelle importante pour eux, car leurs enfants, en raison de leur âge, sont rarement confrontés à des situations où leur comportement revêt une nature illicite ou anormale. Le retour à l'appréciation d'une faute objective permet de restreindre les situations susceptibles d'engager la responsabilité civile des parents-mineurs. Cette évolution ne résout pas toutes les interrogations, car si les cas de responsabilité sont relativement rares en raison de l'âge de l'enfant du mineur, elles n'en sont pas pour autant impossibles.

§ 2 : La mise en œuvre de la responsabilité civile des parents-mineurs du fait de leur enfant

246. La responsabilité civile des père et mère est vue comme une réponse face au risque pour les victimes des dommages causés par les enfants mineurs, d'être soumises au régime général de la faute prouvée de l'article 1240 du Code civil et « de n'avoir en face d'eux que des auteurs dépendants et insolubles »³. Cette conception ne peut prospérer dans le cas d'un parent-mineur. Dans cette situation, la victime est à la fois confrontée à la dépendance de l'auteur mais également à celle de son parent-mineur (A). L'inefficacité de cette construction juridique peut inciter la victime à rechercher la responsabilité d'un meilleur garant dans l'entourage du parent-mineur en tentant de se retourner contre ses parents (B).

¹ Projet de réforme de la responsabilité civile de Mars 2017, présenté le 13 mars 2017, par J.-J. Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016 ; J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile » *D.* 2016, p. 1386 ; et « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », (suite), *D.* 2016, p. 1442 ; du même auteur, « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.* 2017, p. 770.

² À noter que la responsabilité du fait des choses qui est jusqu'à présent compris dans un article commun aux responsabilités du fait d'autrui (anc. art. 1384 et art. actu. 1242 C. civ), fera l'objet d'un article distinct (1243 du projet). Cette séparation légistique devrait permettre d'empêcher tout retour à une vision réifiée de l'action de l'enfant en adéquation avec son statut juridique qui tend à l'envisager comme une personne, sujet de droit et non plus comme simple objet de droit.

³ F. Boulanger « Autorité parentale et responsabilité des père et mère des faits dommageables de l'enfant mineur après la réforme du 4 mars 2002 », *D.* 2005, p. 2245, n° 1.

A- Les limites résultant de la précarité de la situation des parents-mineurs

247. La responsabilité des parents-mineurs illustre une limite de l'évolution jurisprudentielle de la responsabilité civile des parents du fait dommageable de leur enfant. En poussant à l'extrême l'interprétation possible des textes dans un sens toujours plus favorable à l'indemnisation de la victime¹, la Cour de cassation a exposé tous les parents au même risque de responsabilité. Les parents-mineurs, en l'absence d'activité professionnelle ou de ressources personnelles, ne disposent pas du patrimoine requis pour assumer le dédommagement de la victime de leur enfant. Les parents-mineurs ne sont pas autonomes dans leur fonction faute d'être en capacité d'assumer la responsabilité qui constitue la contrepartie de l'autorité parentale qu'ils exercent sur leur enfant. De surcroît, la mise en œuvre de leur responsabilité risque d'accentuer la précarité de ces familles en se répercutant indirectement sur les conditions de vie de leur enfant. La responsabilité civile des parents-mineurs ne peut avoir d'intérêt qu'en présence d'un mécanisme de solidarité susceptible de remédier à leur dépendance financière afin qu'ils puissent assumer leur rôle de garant du fait de leur enfant. Il convient d'envisager dans un premier temps le recours aux mécanismes de l'assurance privée (1) et dans un second temps, la création d'un mécanisme de solidarité légale unissant tous les parents confrontés à un même risque de responsabilité (2).

1. Le recours à la solidarité contractuelle

248. L'objectivation de la responsabilité parentale poursuivie par la jurisprudence a été réalisée en suite au développement de l'assurance privée. Les juges ont souhaité tenir compte de l'évolution d'une société, dans laquelle le risque lié au comportement de l'enfant et son indemnisation repose de moins en moins sur ses parents. Dans son rapport de 2002², la Cour de cassation constate que « dans la plupart des cas, la charge [de l'indemnisation] incombera à un assureur en application d'une garantie de responsabilité du fait des enfants, incluse dans les contrats dits "multirisque-habitation", ou d'une assurance scolaire. Selon les renseignements qui ont été donnés à la Cour, environ 95 % des parents

¹ J.C. Bizot, *loc. cit.* ; Ch. Rade, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.* 2003. doct. 2247.

² Cour de cassation, La responsabilité des parents du fait des actes dommageables commis par leurs enfants vivant avec eux, particulièrement en ce qui concerne les assurances pouvant les garantir, rapport de 2002, p. 23, suggestion n° 5, (disponible sur le site de la Cour).

sont ainsi garantis¹ ». La responsabilité du fait « normal » de l'enfant repose sur une solidarité privée et moins sur le responsable légal désigné².

249. Par son évolution, la responsabilité des père et mère s'est transformée en un risque susceptible d'être assuré³. « À partir du moment où l'on passe d'une responsabilité pour faute présumée à une responsabilité de plein droit, le fondement de la responsabilité parentale cesse d'être la sanction d'un devoir d'éducation et de surveillance pour devenir une garantie objective »⁴. Chaque parent est soumis aux mêmes aléas nés du lien de filiation, confortant la place des mécanismes assurantiels tout en favorisant leur développement. Cette conception présente de nombreux avantages pour la victime qui peut bénéficier d'une indemnité complète de son préjudice sans se heurter à l'insolvabilité de l'enfant ou de son responsable. L'assurance privée n'est pas obligatoire⁵. Dans la situation d'un parent-mineur, plane une incertitude qui conduit à interroger l'efficacité de cette solution. L'offre comprenant la garantie des dommages causés par l'enfant est généralement incluse dans les contrats dits « multirisque-habitation » ou les « assurances scolaires ». Plutôt que de créer une assurance autonome, les assureurs l'ont intégrée à celles couvrant l'habitation, partant du principe que le logement constitue un préalable à la constitution d'un foyer. Les parents-mineurs échappent en grande partie à ce postulat. Le statut de mineur du parent maintient l'obligation de cohabitation avec ses parents⁶. Le contrat d'assurance « multirisque-habitation » lie ses parents à l'assureur et non le parent-mineur. Si l'assurance couvre les éventuelles responsabilités concernant les dommageables causés par le parent-mineur qu'en est-il des dommages causés par son enfant ? Pour y répondre, il convient d'examiner les clauses contractuelles et notamment la définition donnée à la notion d'« assuré » par l'assureur. Dans certains contrats, il est prévu que « l'assuré pour les garanties responsabilité civile renvoi à toute personne vivant au foyer du contractant ». Grâce à cette définition souple, les organismes d'assurances protègent tous les membres d'un même foyer. En présence de cette stipulation, il est possible de considérer que les dommages causés par l'enfant du parent-mineur feront l'objet d'une prise en charge par l'assureur de ses parents.

¹ Cass. *Bull. info.* n° 572 du 01/03/2003 : « Environ 97% des Français posséderaient aujourd'hui une assurance « multirisques habitation » (obligatoire pour les locataires, et non pour les propriétaires), laquelle inclut, dans 90% des cas, la garantie dite « responsabilité civile familiale » au titre du chef de famille, qui couvre les dommages causés par les enfants mineurs à charge. Seuls quelques anciens contrats n'incluent pas la « responsabilité civile familiale » dans l'assurance habitation ; La garantie « responsabilité civile familiale » couvre en principe les dommages causés par les enfants mineurs en tous endroits, y compris en voyage (sauf cas d'exclusion éventuelle de certains pays). Elle devrait aussi bénéficier à l'assuré quelle que soit la faute commise par l'enfant, y compris la faute intentionnelle. Si l'article 113-1, alinéa 2, du Code des assurances prohibe l'assurance d'une faute intentionnelle, cette exclusion de garantie ne peut être invoquée par l'assureur de « responsabilité civile familiale », car il intervient, non pour garantir la responsabilité du fait personnel de l'enfant, mais pour garantir celle du fait d'autrui qu'il doit couvrir en vertu de l'article L.121-2 du Code des assurances » ; v. aussi : J.-C. Saint Pau : « L'enfant et l'assureur », *Droit et patrimoine*, novembre 2000, n° 87, p. 58.

² C. Neirinck « Enfance », *op. cit.*, n° 917.

³ M. Mekki, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, n° 22, p. 17.

⁴ C. Siffert-Blanc, « Vers une réforme de la responsabilité civile des parents », *RTD. civ.* 2011.479, spéc. n° 13 ; G. Proutière-Maulion, « La notion de cohabitation dans la responsabilité des père et mère », *LP4*, 26 septembre 2002.

⁵ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 2 : Responsabilité civile et quasi-contrats*, éd. PUF, 4^{ème} éd., 2019, n°380, p. 414 ; Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, éd. Dalloz, coll. Précis, 14^{ème} éd., 2017, n° 695, p. 495.

⁶ Art. 371-3 C civ.

Cette solution marque une nouvelle fois la forte dépendance des parents-mineurs à leurs parents, car leur protection dépend de clauses présentes dans un contrat qu'ils n'ont pas souscrit. Cette solution trouvée par la pratique permet de protéger tous les membres d'un même foyer et d'éviter que la complexité de l'organisation familiale nuise à la couverture assurantielle en cas de dommage. La seconde possibilité offerte au parent pour se prémunir des conséquences financières de sa responsabilité civile passe par la souscription d'une « assurance scolaire ». La scolarisation de l'enfant le mène à côtoyer d'autres enfants dans le cadre d'activités susceptibles d'accroître la survenance d'un dommage. Les assurances proposent aux parents ainsi qu'aux établissements scolaires la prise en charge de ces risques. L'âge moyen de scolarisation se situant actuellement à trois ans¹. L'assurance scolaire permettrait d'assurer les parents-mineurs dont l'enfant serait né avant leur quinzième année ; dans le cas contraire cette scolarisation interviendrait après leur majorité.

250. Le raisonnement avancé par la Cour de cassation pour justifier l'évolution de sa jurisprudence trouve, de son propre aveu une limite à l'égard des parents qui ne disposent pas de couverture assurantielle². Il s'agit de cas où aucune assurance ne permet de couvrir la responsabilité parentale, soit que les parents n'ont pas souscrit, soit que le contrat qui a été conclu ne garantit pas tous les cas dans lesquels l'enfant peut mettre en jeu la responsabilité de ses parents (accidents occasionnés en dehors des activités scolaires par exemple) ou que cette garantie ne peut être retenue intégralement ou partiellement (défaut de paiement des primes ou modification du risque)³. L'absence de couverture assurantielle augmente avec la vulnérabilité de la situation familiale. Parmi ce pourcentage peuvent figurer les parents-mineurs, faute pour eux d'avoir souscrit une telle police d'assurance. Se pose alors la question de la mise en place d'une solidarité qui lierait tous les parents exposés à ce même risque résultant de l'exercice de leur autorité⁴ pour pallier les difficultés rencontrées par les familles les plus vulnérables.

2. *La nécessité d'une garantie sociale de la responsabilité parentale des parents-mineurs*

251. En consacrant une responsabilité fondée sur l'exercice de l'autorité et en créant un risque à l'égard du comportement même normal de l'enfant, la Cour a souhaité favoriser le recours à l'assurance privée. Ce raisonnement comporte des limites dues à ce choix. Le régime assurantiel privé est marqué, en ce domaine, par une absence d'obligation légale de souscription⁵ et une forte disparité dans les

¹ Le projet de réforme n° 1481, du 05 décembre 2018, intitulé « pour une école de la confiance », envisage de faire débiter l'obligation scolaire à compter des trois ans de l'enfant et non plus des six ans.

² C. Cass., rapport 2002, *loc. cit.*

³ *Ibid.*

⁴ « C'est seulement parce que le poids de la responsabilité, en apparence individuelle, se répartit en définitive sur tout le corps social, que le domaine de la responsabilité tend à s'accroître indéfiniment » : R. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1952, n° 284, cit. in Cass., rapport annuel 2011, « Le risque », p. 86.

⁵ L'assurance habitation n'est obligatoire que pour les locataires mais pas pour les propriétaires ; v. art. 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, JO 8 juillet 1989 p. 8541.

contenus des couvertures contractuelles proposées. La Cour de cassation reconnaît que sa jurisprudence devait s'accompagner d'une évolution légale pour s'adapter aux « familles les plus pauvres et généralement insolvable »¹, au nombre desquelles figurent celles composées des parents-mineurs et de leurs enfants. Non seulement la jurisprudence actuelle ne garantit pas un dédommagement intégral à la victime même avec l'intervention d'une assurance privée², mais aggrave ce risque lorsque les victimes ne se retrouvent pas devant un assureur, mais devant des particuliers à la solvabilité aléatoire, face à des préjudices qui peuvent être considérables. Dans ses rapports annuels réalisés en 2002 et 2003, la Cour a appelé de ses vœux l'intervention du législateur qui lui semblait inévitable en réponse à la responsabilité de plein droit des parents, ce qui l'a conduite à formuler un certain nombre de suggestions formelles.

252. La première proposait de « rendre obligatoire et générale l'assurance des père et mère du fait de leurs enfants mineurs ». Cette solution présente l'avantage de permettre une couverture globale de tous les parents et son caractère obligatoire intègre les familles les plus vulnérables, l'assureur n'ayant d'autre choix que d'accepter de prendre en charge ce risque. L'assurance parentale ferait l'objet d'une convention autonome indépendante d'un logement personnel dont le parent-mineur est généralement dépourvu, ou de la scolarisation de l'enfant qui intervient ici trop tardivement pour solutionner la situation de ces parents. L'intervention de l'assureur est requise pour prémunir à la fois les parents-mineurs, leur enfant et leurs parents des conséquences de leur responsabilité civile respective, car l'article L. 121-12 du Code des assurances prévoit que l'assureur du civilement responsable ne dispose d'aucun recours subrogatoire « contre les enfants, descendants, alliés en ligne directe [...] et généralement contre toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes ».

253. Cette solution présente un certain nombre d'inconvénients, par exemple, lorsque le dommage causé n'entre pas dans les dispositions contractuelles ou dépasse le plafond d'indemnisation fixé par l'assureur. Il serait donc intéressant « de définir de manière précise et impérative le champ de la garantie minimale d'assurance du fait des enfants mineurs. Cette définition pourrait résulter d'un accord avec les entreprises d'assurances ou d'un contrat type »³. Ainsi, il s'agit ici de laisser à l'assureur et au parent le moins de liberté contractuelle possible pour garantir l'indemnisation de la victime et une couverture optimale du risque généré par l'enfant. Cette obligation n'irait toutefois pas sans plusieurs inconvénients dont la Cour elle-même a établi une liste non exhaustive. Parmi ces effets indésirables se trouve le « risque de diminution du sens de la responsabilité personnelle et de la fonction normative de la responsabilité civile »⁴ due à la distanciation entre la responsabilité et la notion de faute, au profit d'un

¹ Cass. *Bull. info.* 2003, *op. cit.*

² Les assurances pouvant mettre en place des plafonds de responsabilité.

³ Cass., rapport annuel 2002, *op. cit.*

⁴ Cass. *Bull. info.* 01 mars 2003, n° 572.

objectif purement indemnitaire. Plus particulièrement le « risque de voir des parents en situation économique difficile, encore nombreux dans notre société marquée par la "fracture sociale" (emplois précaires, chômeurs, titulaires du RMI, personnes vivant en-dessous du seuil de pauvreté) dans l'impossibilité de payer régulièrement une telle assurance »¹. Dès 1988, un auteur proposait une solution à cette difficulté, les primes d'assurance des familles les plus défavorisées pouvant être prises en charge par les caisses d'allocations familiales².

254. Une autre solution a été avancée pour les cas où les mécanismes de responsabilité désigneraient un parent à la solvabilité manifestement incertaine. La Cour envisage l'instauration d'« un fonds de garantie intervenant en cas d'absence d'assurance ou de déchéance de garantie », proposition qui sera reprise par la doctrine³. Ce fonds permettrait de résoudre les situations où l'assurance est défaillante « que cela résulte d'une absence de souscription [...] ou d'un défaut de couverture pour un motif quelconque si un contrat a été souscrit ». Le risque ne reposerait plus ni sur un parent qui n'est pas en capacité d'y faire face, ni sur une assurance privée, mais sur la société dans son ensemble⁴. La Cour avance l'idée d'attribuer cette mission à « l'un des fonds de garantie déjà institués » pour devenir « la structure d'accueil d'un fonds destiné aux victimes de faits imputables à des mineurs, sans qu'il soit nécessaire de créer un nouvel organisme à cette fin ». La Cour évoque les Commissions d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) et le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions⁵. Ces organismes ont déjà la particularité d'intervenir lorsque les auteurs sont insolvable ou inconnus, afin d'indemniser les victimes de dommages résultant de diverses infractions, volontaires ou non. Sur ce point, la Commission de contrôle des assurances a confirmé que ce fonds peut couvrir la majorité des cas de dommages causés par des mineurs. L'indemnisation de la victime dépend ici de deux régimes de prise en charge : « l'indemnisation est intégrale, dans la limite du préjudice, pour les victimes d'atteintes corporelles graves⁶, tandis que, pour les atteintes corporelles légères⁷ et les atteintes patrimoniales, l'indemnisation est soumise à des conditions de ressources modestes des victimes et l'indemnité est plafonnée »⁸. Cette indemnisation présente cependant un inconvénient notable pour les parents-mineurs : celui de conférer au fonds d'indemnisation une action récursoire contre les civilement responsables⁹, contrairement à l'assurance privée. Faute d'une véritable législation permettant de garantir une indemnisation aux victimes confrontées tant à la faible solvabilité de l'auteur de son

¹ *Ibid.*

² B. Puill, « Vers une réforme de la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants ? », *D.* 1988. chron. p. 185.

³ G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, op. cit.*, nos 892 et 919.

⁴ Ce qui serait cohérent, car la société occupe une place importante dans les facteurs déterminants qui conduisent les mineurs à envisager la maternité ou la paternité ; v. le rapport du Fonds des Nations unies pour la population sur l'état de la population mondiale, *La mère-enfant, Face aux défis de la grossesse chez l'adolescente*, 2013, p. 33. Disponible à l'adresse : www.unfpa.org.

⁵ Art. 706-3 et s. CPP.

⁶ Un fait ayant entraîné une incapacité (permanente ou totale) de travail d'un mois minimum, la mort d'un proche à la suite d'une atteinte grave. L'indemnisation ne fera pas l'objet d'un plafonnement.

⁷ Dommage corporel ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure à 1 mois. Plafond à 4 575 €.

⁸ Cass. *Bull. info.*, 01 mars 2003, n° 572.

⁹ Cass., crim., 29 octobre 2002, n° 01-82109, *Bull. crim.* 2002 n° 197, p.733

dommage, que de celle de son responsable légal, les victimes pourraient rechercher la responsabilité des personnes présentes dans l'entourage de l'auteur.

B- La recherche d'un responsable solvable par la victime de l'enfant du parent-mineur

255. « Défaillance, incompétence, incapacité, disparition des parents peuvent naturellement conduire à se tourner vers les grands-parents d'un enfant »¹. Compte tenu des difficultés du parent-mineur, la recherche de la responsabilité civile de ses parents ou du tiers hébergeant pourrait apparaître comme une solution afin d'indemniser la victime de l'enfant. S'il est possible d'émettre des doutes sur l'existence d'une responsabilité de plein droit pour les responsables autres que le parent en l'absence de garde juridique sur l'enfant du parent-mineur (1), ces tiers hébergeant peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée. Celle-ci est envisageable chaque fois qu'ils auront eux-mêmes commis une faute qui a contribué à la réalisation du dommage de l'enfant vivant avec eux (2).

1. Le transfert de la garde juridique, condition de la responsabilité de plein droit des tiers

256. Contrairement aux parents majeurs où le foyer nucléaire précède ou suit de peu la naissance de l'enfant, cette organisation ne peut être mise en œuvre par des parents-mineurs qui ne disposent ni de l'autonomie juridique leur permettant de quitter le foyer parental ni des ressources suffisantes pour s'acquitter d'un loyer. De manière générale, le parent-mineur, ses parents et son enfant cohabitent au sein d'un seul et même foyer². Il se peut que le parent-mineur ait été autorisé à quitter ce domicile ou qu'il soit recueilli avec son enfant par un tiers hébergeant, que ce soit un autre membre de la famille ou un organisme social³. Face à ces situations, il devient difficile de déterminer qui du parent-mineur, de son parent ou du tiers hébergeant assume la charge effective de son enfant⁴ et doit répondre des dommages causés par ce dernier⁵. Dans ce cas, la victime peut avoir tout intérêt à s'adresser directement aux personnes du foyer dont la solvabilité est la moins douteuse. Cette éventualité conduit à rechercher une éventuelle responsabilité de plein droit des tiers hébergeurs, qu'ils soient membres de la famille comme les grands-parents ou non. La jurisprudence a toujours refusé de transposer la responsabilité de plein droit de l'article 1242 alinéa 7 du Code civil⁶, car elle requiert la qualité de père ou de mère, ce qui implique un lien de filiation direct avec l'enfant⁷. Ce lien objectif fait manifestement défaut au tiers

¹ M. Lamarche « Substitution des grands-parents aux parents », *AJ. fam.* 2008, p. 141

² V. *supra* n° 161 : « s'entend du lieu où les personnes habitent normalement, c'est-à-dire du lieu de leur résidence habituelle », la résidence habituelle de l'enfant est de plein droit fixée au domicile de ses père et mère.

³ V. art. L. 222-5 CASF.

⁴ V. *supra* n° 160 ; F. Monéger « Notion d'enfant à charge pour le versement des prestations familiales », *RDSS* 1999, p. 597

⁵ V. D. Bertol, « L'articulation des responsabilités parentales et la responsabilité des tiers, gardiens temporaires des mineurs », note sous l'arrêt Civ. 2^{ème}, 5 févr. 2004, *LPA* 24 juin 2005.

⁶ À l'égard des tiers : Cass., civ., 15 févr. 1956, *D.* 1956, Jur. p. 410, note E. Blanc ; *JCP* 1956, II, n° 9564, note R. Rodière ; À l'égard des grands-parents : Cass., civ., 9 décembre 1954, *Gaz. Pal.* 1955, 1, Jur. p. 87 ; Cass., civ. 2^{ème}, 25 janvier 1995, *D.* 1995, IR p. 99.

⁷ V. sur le refus de transposer la responsabilité parentale au tiers : Cass., civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, *JCP* 1995, II, n° 22550, note J. Mouly ; G. Viney, *JCP* 1995, I, n° 3893, n° 9 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations*, Litec, 1996, n° 882, p. 372.

hébergeant comme aux grands-parents. De même, la responsabilité de plein droit des parents du parent-mineur, ne peut être invoquée valablement par la victime de l'enfant du mineur. L'arrêt « Levert »¹ de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a conditionné la responsabilité des parents à un lien de causalité direct entre le comportement de l'enfant et le dommage². Il ne peut y avoir de chaîne de responsabilités. La responsabilité civile que les parents encourent en cas de dommage causé par le parent-mineur ne s'étend pas de plein droit à son enfant, car l'autorité qu'ils détiennent sur le parent-mineur ne s'étend pas à son enfant.

257. Il ne reste plus que l'éventualité d'une responsabilité générale du fait d'autrui dégagée par l'arrêt « Blicq » du 29 mars 1991³. En l'espèce, la Cour de cassation avait retenu la responsabilité d'un centre d'aide par le travail de personnes handicapées pour l'incendie de forêt causé par l'un de ses pensionnaires. La Cour a considéré, au visa de l'alinéa 1 de l'article 1384 (ancien) du Code civil, que le centre avait accepté la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie de cette personne, provoquant un transfert de sa garde juridique au bénéfice de l'établissement qui se devait de garantir les dommages causés par le comportement de son pensionnaire. Cet arrêt a consacré « un principe de responsabilité fondée sur la "garde d'autrui" c'est-à-dire sur un devoir de contrôle lié à l'état physique ou mental de la personne surveillée et au risque que crée cet état pour les tiers ainsi qu'à l'autorité de droit ou de fait appartenant au civilement responsable sur cette personne »⁴. Il est tentant d'envisager une transposition de cette jurisprudence au cas des grands-parents qui accueillent leur petit-enfant à leur domicile comme dans le cas des parents du parent-mineur. De cette transposition, il résulterait une responsabilité civile liée non plus à la filiation, mais à la charge effective de l'enfant, comme ce qui existe en matière de droit social ou fiscal, domaines où la réalité factuelle de la situation familiale prend le pas sur sa réalité juridique. Si « les grands-parents et les autres membres de la famille qui accueillent leurs petits-enfants ne bénéficient pas toujours d'un titre juridique [...] ils décident de l'emploi du temps de l'enfant, de ses loisirs. Cet accueil implique une prise en charge de fait de l'enfant. De cette prise en charge découle une autorité de fait sur le mineur qui permet de contrôler son mode de vie. Un titre juridique ne serait donc pas nécessairement exigé pour mettre en œuvre la responsabilité du fait d'autrui dégagée sur le fondement de l'art. 1384, alinéa 1⁵ du Code civil »⁶. La jurisprudence a

¹ Cass., civ. 2^eme, 10 mai 2001, n° 99-11287, *op. cit.* ; J. Julien, « Remarques en contrepoint sur la responsabilité des parents », *Dr. fam.* 2002, chron. p. 7.

² Solution reprise par l'assemblée plénière un an plus tard, dans ses arrêts du 13 décembre 2002 ; v. l'arrêt n° 01-14007, *D.* 2003, p. 231, note Jourdain ; *JCP* 2003, II, p. 10010, note Hervio-Lelong ; *Dr. fam.* 2003, n° 23, note J. Julien ; Groutel, « Responsabilités du fait d'autrui : l'inevitable progression », *RCA* 2003, chron. p. 4.

³ Arrêt Cass., ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231 : *Juris-Data* n° 1991-001098 ; *D.* 1991, jurispr. p. 324, note Ch. Larroumet ; *JCP G* 1991, II, p. 21673, concl. Dontenville, note J. Ghestin ; *RTD. civ.* 1991, p. 541, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 513, note F. Chabas ; *Défrenois* 1991, art. 35062, p. 729, note J.-L. Aubert ; G. Viney, « Vers un élargissement de la catégorie des personnes dont on doit répondre : la porte entrouverte à une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.* 1991, chron. p. 157.

⁴ G. Viney, « Chronique de responsabilité civile », *JCP* 1995, I, n° 3893, n° 9 ; cité par M. Rebourg, « La responsabilité civile des faits commis par un enfant confié à ses grands-parents ou à un tiers », *D.* 1998, p. 118.

⁵ Nouv. art. 1242 al. 1 C. civ.

⁶ M. Rebourg, *loc. cit.*

très rapidement été confrontée aux demandes des victimes sollicitant la reconnaissance d'une responsabilité de plein droit des grands-parents hébergeant leur petit-enfant que ce soit de manière occasionnelle ou à titre plus permanent.

258. Concernant les grands-parents gardiens occasionnels, la jurisprudence a systématiquement refusé de transposer cette responsabilité de plein droit. Bien que la Cour considère que « la garde d'autrui est, *a priori*, un pouvoir unique sur une personne, ce qui conduit à présumer qu'il ne peut y avoir, en même temps, plusieurs gardiens pour un même individu [...] la garde, notamment pour les personnes vulnérables, s'entend de l'organisation et du contrôle du mode de vie de la personne, il semble logique de considérer que le gardien demeure responsable même si l'auteur du dommage n'est pas physiquement sous sa surveillance. »¹. De ce fait, le parent est seul responsable de plein droit car l'autorité qu'il exerce comprend la garde de l'enfant², et la séparation matérielle d'avec l'enfant ne modifie en rien cette attribution. Cette solution est également transposable au cas des parents-mineurs qui confient occasionnellement leur enfant aux grands-parents chez lesquels il ne réside pas de manière habituelle³. Faute d'un transfert de la garde juridique du parent-mineur vers ses parents ou de ceux de l'autre parent, leur responsabilité ne peut être engagée de plein droit pour les dommages causés par l'enfant le temps qu'il demeure sous leur surveillance.

259. La question est moins évidente lorsque les grands-parents accueillent l'enfant de manière durable comme dans le cas des parents-mineurs. En pratique, les grands-parents chez qui le parent-mineur et son enfant résident peuvent assumer autant sinon plus que le parent la charge du contrôle et de direction du mode de vie de l'enfant. La question de l'origine factuelle ou juridique de la garde et surtout de son transfert se pose. Sur ce point, la jurisprudence judiciaire a tranché au profit d'une garde exclusivement juridique⁴. La situation des grands-parents et celle des tiers sont similaires. En l'absence d'un véritable transfert juridique de la garde, le parent demeure seul responsable de plein droit des dommages causés par son enfant, car seul titulaire de l'autorité parentale et de son exercice. La communauté de vie imposée par la minorité du parent n'a pas d'effets sur sa responsabilité parentale, car la minorité n'entraîne pas le transfert de plein droit de la garde de son enfant vers ses parents⁵, au même titre que l'exercice de l'autorité parentale ne leur est pas transféré de plein droit par la minorité du parent. Cette garde de l'enfant « réside dans la maîtrise dont dispose le gardien, sur la chose ou sur

¹ J. Julien, « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, n° 58.

² Cass., civ. 2^{ème}, 18 septembre 1996, *Bull. civ.* II, n° 217 ; *RTD. civ.* 1997, p. 436, obs. P. Jourdain ; *D.* 1998, p. 118, note M. Rebourg ; Cass., civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, *JCP* 2000, II, p. 10374, note A. Gouttenoire ; Cass., civ. 2^{ème}, 5 févr. 2004, *Bull. civ.* II, n° 50.

³ Généralement les grands-parents paternels.

⁴ Cass., civ. 2^{ème}, 25 janvier 1995, *Bull. civ.* II, n° 29 ; *JCP* 1995, I, p. 3853, n° 15, obs. G. Viney ; Cass., civ. 2^{ème}, 18 septembre 1996, *op. cit.* ; Cass., civ. 2^{ème}, 5 juillet 2001, *Argus*, hors-série, mars 2002 ; Cass., crim., 8 févr. 2005, *op. cit.* ; « Jusqu'à présent, les juridictions l'envisageaient essentiellement sous l'angle matériel : le gardien avait-il ou pas le pouvoir d'organiser et de contrôler le mode de vie ou l'activité d'autrui. Il semblerait aujourd'hui qu'elle devienne une notion de droit, ce qui présente l'avantage de la sécurité juridique » : J. Julien « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*

⁵ Ni même aux éventuels tiers qui auraient recueilli le parent-mineur et son enfant.

la personne à l'origine du dommage, et dont la responsabilité apparaît comme la contrepartie »¹ des droits exercés par les parents sur sa personne². Le transfert de la garde relève soit d'une mesure d'assistance éducative³, d'une décision de mise sous tutelle de la personne de l'enfant⁴, d'une délégation⁵, ou encore, cas plus rare, d'une adoption intrafamiliale. Cette solution est consacrée à l'article 1246 alinéa 4 du projet de réforme de la responsabilité civile qui énonce qu'est responsable de plein droit⁶ « la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur. Dans cette situation, la responsabilité des parents de ce mineur ne peut être engagée. ».

260. Ce texte permet de prendre en compte une exception notable sur le caractère juridique du transfert de la garde et de la responsabilité civile qui en résulte. Le Conseil d'État a considéré que la responsabilité sans faute de l'administration peut être recherchée en cas de dommage d'un enfant qui lui a été confié dans le cadre d'un placement sur décision du président du Conseil départemental prise avec l'accord des parents⁷. Selon le Conseil d'État, il appartient au juge administratif de déterminer si, au vu des conditions d'accueil du mineur, de sa durée, ainsi que des obligations mise à la charge du service d'aide sociale à l'enfance et des parents, la décision de placement du président du conseil départemental, avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale, peut s'analyser comme une prise en charge durable et globale de ce mineur par l'aide sociale à l'enfance. Cette jurisprudence se trouve actuellement en contradiction avec la jurisprudence judiciaire, car elle permet un transfert factuel de la garde en raison de l'accord des parents donné à l'administration pour éloigner temporairement l'enfant. Certains auteurs y voient l'utilisation de la responsabilité sans faute de l'administration fondée sur le risque, en évoquant un risque différent de ceux admis jusqu'ici par le Conseil d'État. Il s'agirait non plus d'un risque créé, mais simplement d'un risque assumé, inhérent à la mission de garde dont a été chargée l'administration⁸. Au côté du risque professionnel et du risque exceptionnel, le Conseil d'État aurait dégagé une troisième sous-catégorie de risque : celle des situations génératrices de

¹ J. Julien *op. cit.*

² « La Cour de cassation, en détachant la responsabilité parentale de la notion de faute, la rattache inexorablement à l'autorité parentale », M. Rebourg, « La responsabilité civile des faits commis par un enfant confié à ses grands-parents ou à un tiers », *op. cit.*, n° 15.

³ P. Jourdain « La responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil est une responsabilité de plein droit », *D.* 1997, p. 496 ; Cass., crim., 10 octobre 1996, *JCP* 1997, II, p. 22833, note F. Chabas ; Cass., civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, *op. cit.* ; pour une application de cette responsabilité aux personnes publiques : v. P. Bon, « Vers une responsabilité de plein droit du fait des personnes dont on a la garde ? », *RFDA* 2005, p. 602.

⁴ Cass., crim. 28 mars 2000, *Bull. crim.* n° 140 ; *D.* 2000. somm. p. 466, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2000, I, p. 241, n° 9, obs. G. Viney ; *RTD. civ.* 2000, p. 545, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 586, obs. P. Jourdain.

⁵ Art. 376 et s.

⁶ Sous la condition posée à l'alinéa 2 de l'article 1245 à savoir : « la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage ».

⁷ CE, Sect., 11 février 2005, GIE Axa Courtage, *Lebon*, p. 45, *Gaz. Pal. Rec.* 2005, somm. p. 2866, *RFDA*, mai-juin 2005, p. 602 et s., note P. Bon, *LP4*, 1^{er} juin 2005, p. 8, note E. Matutano ; CE, Sect., 1^{er} février 2006, Ministre de la Justice c/ MAIF, req. n° 268147 ; CE, 26 mai 2008, n° 290495, *Lebon* 2008, *LP4* 29 septembre 2008, p. 6, note C. Marliac-Negrier ; CE, 17 décembre 2008, n° 301705, *Gaz. Pal.* 21 mai 2009, p. 27, *Gaz. Pal.* 16 mai 2009, p. 11, note M. Guyomar ; CE, 3 juin 2009, n° 300924, *Gaz. Pal.* 22 décembre 2009, p. 31 ; CE, 1^{er} juillet 2016, n° 375076, *Lebon* 2016, *Gaz. Pal.* 12 juillet 2016, n° 2708, p. 37.

⁸ P. Bon, note sous CE, Sect., 11 février 2005 GIE Axa Courtage, *op. cit.*

responsabilité sans faute se rattachant à l'idée de risque assumé ou accepté¹. Cette responsabilité sans faute s'expliquerait « en raison des pouvoirs dont le département se trouve, dans ce cas, investi »². Cette explication ne convainc pas, par exemple dans le cas d'une décision prise dans le cadre de l'aide éducative. Cette aide ne peut porter atteinte à l'exercice de l'autorité parentale³ et ne confère en principe à l'administration aucune prérogative sur l'enfant, y compris dans le cadre d'un placement. Le raisonnement adopté par le Conseil d'État s'inscrit avant tout dans une recherche visant à assurer l'indemnisation de la victime de son dommage⁴, au risque de tordre les principes régissant l'autorité parentale et la protection de l'enfance, tant que la réforme de la responsabilité n'aura pas été adoptée.

261. À défaut de transfert de la garde, la responsabilité du tiers accueillant ou des grands-parents ne peut être obtenue qu'en raison d'une faute personnelle. La responsabilité des proches accueillant le parent-mineur et son enfant trouvera sur ce dernier, son fondement dans l'article 1240 du Code civil⁵. Il s'agit de la responsabilité pour faute prouvée, reposant sur trois éléments : un comportement fautif du responsable, un dommage et un lien de causalité qui uni les deux. Le refus systématique de la jurisprudence d'étendre la responsabilité de plein droit du fait de l'enfant aux tiers ou aux grands-parents, s'explique par la volonté de ne pas mettre au même niveau juridique leur responsabilité. Si la responsabilité des tiers résulte au mieux d'une autorité purement factuelle, celle des parents bénéficie d'une reconnaissance légale qui peut faire coïncider les frontières de leur responsabilité avec celles de leur autorité⁶. Le grand-parent n'est appréhendé que comme un tiers accueillant, quelle que soit la durée de l'hébergement⁷. Il incombera à la victime de l'enfant de prouver l'existence d'une faute personnelle de ce tiers.

2. La faute, condition de la responsabilité personnelle des tiers

262. Quand bien même l'enfant serait sous la garde d'un tiers, cette garde n'entraîne qu'une obligation générale de prudence à l'égard du comportement de l'enfant qui lui est confié. Ce « devoir de prudence implique que chacun surveille les personnes dont il a la possibilité de contrôler l'activité et qu'il prenne toutes les mesures adéquates afin d'empêcher ces personnes de nuire à elles-mêmes ou de créer un danger pour autrui »⁸. Cette prise en charge, même temporaire, crée une obligation de surveillance de laquelle peut résulter une faute au sens de l'article 1240 du Code civil. En pratique, cette

¹ C. Marliac-Negrie, note sous CE, Sect., 1^{er} février 2006, *op. cit.*

² CE, 1^{er} juillet 2016, *pré. cit.*

³ V. *infra* nos 521 s.

⁴ C. Marliac-Negrie, *loc. cit.*

⁵ Anc. art. 1382 C. civ.

⁶ Sauf éventuellement à ce que les juges trouvent opportun de multiplier les débiteurs et de diminuer d'autant le risque d'une insolvabilité du responsable, comme dans le cas des parents-mineurs. Mais ce revirement ne pourra se réaliser en cas d'adoption du projet de loi sur la responsabilité de mars 2017. En effet, celui-ci consacre explicitement le lien entre la responsabilité de plein droit et l'autorité juridique sur l'enfant auteur du dommage.

⁷ Ex : Cass., crim., 8 février 2005, *op. cit.*, en l'espèce : « L'enfant, âgé de treize ans au moment des faits, vivait depuis l'âge d'un an avec sa grand-mère » ; spéc. : F. Chabas note sous l'arrêt, *RJPF* juin 2005, 6/36, p. 20.

⁸ J. Ghestin, P. Jourdain, G. Viney, « Les conditions de la responsabilité », in *Traité de responsabilité civile*, LGDJ, 2013, n° 478, p. 574.

faute de surveillance résulte du constat que le tiers accueillant n'a pas suffisamment prêté attention aux faits et gestes de l'enfant. C'est ce défaut de vigilance, dès qu'il permet la réalisation du dommage¹, qui fonde la responsabilité personnelle des grands-parents ou des tiers pour les dommages causés par l'enfant du mineur. Cette limitation découle d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis un arrêt du 9 décembre 1954².

263. Malgré le refus d'étendre la responsabilité de l'article 1242 aux personnes qui ne disposent que d'une garde purement factuelle sur l'enfant, la question s'est posée de savoir s'il était possible de faire présumer la faute résultant du défaut de surveillance, de la simple réalisation du dommage par l'enfant. L'existence du dommage laisse supposer que le tiers accueillant n'a pas correctement exercé son devoir de surveillance, révélant ainsi l'existence d'une faute de prudence dans l'exercice de cette garde factuelle. Cet argument permet de contourner l'obstacle de la garde juridique, qui serait seule à même de légitimer une responsabilité de plein droit. En admettant que la responsabilité des tiers puisse être présumée, cela conduit à les placer dans une situation identique à celle des parents avant l'arrêt Bertrand. Sa responsabilité pourrait être retenue chaque fois qu'il ne parvient pas à prouver son absence de faute, facilitant l'indemnisation de la victime. La Cour de cassation a systématiquement écarté cette solution. Cette présomption reviendrait à instaurer de façon détournée une responsabilité du fait d'autrui atténuée reposant sur une garde purement factuelle la détachant du lien de filiation et de l'exercice de l'autorité³. Dans son arrêt du 9 décembre 1954⁴, la Cour a refusé d'appliquer cette présomption à l'égard de la grand-mère et de la tante dont la responsabilité personnelle était recherchée pour avoir laissé l'enfant circuler à bicyclette, contrairement à ce qui était soutenu par la partie au pourvoi⁵. Cette solution a été reprise par la deuxième chambre civile dans un arrêt du 9 novembre 1971⁶. En l'espèce, un enfant de 6 ans avait mis le feu à un hangar alors qu'il résidait au domicile de sa grand-mère durant les vacances. La Cour d'appel de Rouen⁷ avait écarté la responsabilité de la grand-mère en considérant qu'il n'était pas établi qu'elle avait été personnellement chargée de la surveillance de l'enfant ni qu'elle avait commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité personnelle. Raisonement qui a fait l'objet d'une cassation pour défaut de base légale. Autrement dit, contrairement à ce que laissait entendre la Cour d'appel, la responsabilité personnelle de la grand-mère ne pouvait ni se présumer, ni être écartée par le simple constat d'une prise en charge de l'enfant. La faute de surveillance est forcément une faute prouvée⁸.

¹ M. Rebourg, « La responsabilité civile des faits commis par un enfant confié à ses grands-parents ou à un tiers », *op. cit.*

² Cass., civ., 9 décembre 1954, *Gaz. Pal.* 1955, 1, p.87 ; CA Lyon, 24 décembre 1946, *JCP* 1947, II, n° 3641, note A. Sur.

³ Ce que le Conseil d'État fait dans le cadre de l'aide éducative, v. *supra* n° 246.

⁴ Cass., civ., 9 décembre 1954, *loc. cit.*

⁵ Le pourvoi se basait sur la présomption de faute de l'article 1384 alinéa 1 et non sur l'article 1382.

⁶ Cass., civ. 2^{ème}, 9 novembre 1971, *D.* 1972, Jur., p. 75 ;

⁷ Le 20 janvier 1970.

⁸ Pour une application au grand-oncle de l'enfant : Cass., civ. 2^{ème}, 29 avril 1976, *JCP* 1978, II, n° 18793, note N. Dejean de la Bâtie.

264. Ces refus systématiques de la Cour de cassation s'expliquent par plusieurs raisons. La première est que le parent, contrairement au tiers, est titulaire de l'autorité parentale et l'exerce de plein droit. Cette autorité d'origine légale lui impose un devoir de surveillance qui ne cesse pas en cas de séparation matérielle avec l'enfant qui en est l'objet¹. Le parent-mineur est avec l'autre parent, le responsable des agissements de l'enfant quand bien même celui-ci ne serait plus physiquement sous sa garde². Reconnaître une responsabilité de plein droit sur les grands-parents reviendrait à leur attribuer une véritable autorité sur l'enfant dont ils assurent la garde à titre provisoire. Cette autorité viendrait directement concurrencer celle des parents, le parent-mineur pourrait être écarté par ses parents qui se substitueraient juridiquement à lui dans la protection et l'éducation de son enfant. Cette extension est refusée en l'absence de décision judiciaire même dans le cas d'un parent-mineur. Ce refus s'explique d'autant plus que la responsabilité parentale a été pensée afin d'atteindre indirectement l'assureur du parent et non le parent lui-même.

265. La seconde raison qui semble de premier abord d'une moindre importance juridique, se révèle déterminante d'un point de vue social. Il s'agit de la volonté de préserver les mécanismes factuels d'assistance du parent en offrant une possibilité d'accueil de l'enfant par un tiers. « Les père et mère étant le plus souvent déclarés responsables de plein droit, les tiers parents ou amis ne seraient plus dissuadés d'héberger occasionnellement un enfant, ce qui risquerait d'être le cas, si leur responsabilité pouvait être engagée sur le fondement de l'extension du domaine de l'art. 1384 al. 1^{er}. »³ Ce rôle social revêt ici une importance particulière face à l'enjeu de société qu'est le maintien de la scolarisation des parents-mineurs⁴. Leurs parents en tant que grands-parents sont les personnes les mieux disposées pour les aider, en assurant la garde de l'enfant durant leur absence. De ce fait, il peut paraître contre-productif de faire peser sur ces personnes une responsabilité aussi lourde que celle incombant aux parents⁵. Cette réticence transparaît au travers de la jurisprudence qui reconnaît très difficilement la faute personnelle

¹ Sur la notion de cohabitation, v. *supra* n° 213, notion qui a par ailleurs vocation à disparaître, v. sur ce point le projet de loi sur la responsabilité civile de mars 2017, *op. cit.*

² Même si l'enfant n'est pas physiquement auprès de son parent, l'éducation qui lui a dispensé devrait théoriquement permettre d'empêcher la survenance d'une grande majorité des dommages qui ont fait l'objet d'une jurisprudence de la Cour de cassation (violence, incendie volontaire...).

³ G Blanc, « À propos de la responsabilité des grands-parents... », *D.* 1997, p. 327.

⁴ OMS, rapport du secrétariat *Mariages précoces, grossesses chez les adolescentes et les jeunes femmes*, 65^{ème} assemblée, 16 mars 2012, n° 13 : « La déscolarisation et donc un niveau d'études plus bas peuvent non seulement compromettre le développement personnel, mais également réduire définitivement le niveau de revenu des femmes et donc leur contribution à la croissance économique. » ; v. aussi : UNFPA, *La mère-enfant, face aux défis de la grossesse adolescente*, *op. cit.*, p. 18 : « l'impact sur l'éducation comprend l'interruption ou la fin de l'éducation formelle assortie en conséquence d'une perte de possibilités de réaliser son plein potentiel ; l'impact économique est étroitement lié à l'impact sur l'éducation et comprend l'exclusion de l'emploi rémunéré ou de moyens d'existence, des coûts supplémentaires pour le secteur de la santé et la perte de capital humain. »

⁵ T. Garé, « Les grands-parents dans le droit de la famille, un thème d'actualité » *AJ. fam.* 2002, p. 84 : « D'une part, faire supporter aux grands-parents une responsabilité de plein droit nous paraît témoigner d'une excessive sévérité à l'égard de ceux qui ne sont que des gardiens occasionnels – osera-t-on écrire non-professionnels ? – et bénévoles de leurs petits-enfants. Est-ce les récompenser justement de leur peine et de l'aide qu'ils apportent aux parents comme aux petits-enfants que de les rendre responsables de plein droit... ? D'autre part, on ne peut passer sous silence le fait que la charge d'une telle responsabilité se révélera le plus souvent écrasante pour les grands-parents. »

de surveillance du grand-parent gardien¹. En conclusion, « il y a responsabilité parce qu'il y a autorité »². C'est au parent-mineur d'assumer les actes de son enfant tant qu'il conservera le droit de garde et d'éducation lié à l'exercice de l'autorité sur la personne³. Si ses parents en tant que grands-parents peuvent être amenés à assumer le contrôle et la direction du mode de vie de l'enfant, ils demeurent des gardiens occasionnels et leur responsabilité reste limitée à leur faute personnelle en l'absence d'une décision de justice leur transférant la garde juridique de l'enfant⁴.

¹ Cass., civ. 2^{ème}, 9 novembre 1971, *op. cit.* ; CA Caen, 4 févr. 1988, *D.* 1989, Jur. p. 295, note Prieur ; v. aussi Cass. 18 septembre 1996 *op. cit.*, *Bull. civ.* II, n° 217 ; *JCP* 1996, IV, n° 2208 ; M.-C. Lebreton, « Vers une interprétation restrictive de la jurisprudence Blieck », *LPA*, 24 févr. 1997, p. 6 ; *Dr. et patrimoine*, janvier 1997, n° 1569, p. 177, obs. F. Chabas ; *Dr. famille*, juin 1997, p. 16, obs. P. Murat ; G. Blanc, « A propos de la responsabilité des grands-parents », *D.* 1997, chron. p. 327 ; *RTD civ.* 1997, p. 436, obs. P. Jourdain ; M. Rebourg, *D.* 1998, p. 118, *op. cit.* ; Pour une illustration plus récente : Cass., civ. 2^{ème}, 22 octobre 2015, n° 14-13994, *Bull.* 2016, n° 838, 2^{ème} civ., n° 341 : « Mais attendu que l'arrêt retient qu'il ne peut être reproché à M. Z... d'avoir permis à sa petite-fille de rejoindre son amie du même âge, Anaïs, chez M. Y..., son voisin, où il n'est pas contesté qu'elle avait l'habitude de se rendre ; que de même, alors qu'il savait l'enfant sous la surveillance de son voisin, il ne peut être reproché à M. Z... d'avoir poursuivi sa conversation avec un tiers, malgré le bruit produit par le démarrage de la mini-moto [cause du dommage] ; Qu'en l'état de ces seules constatations et énonciations découlant de son appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de fait et de preuve soumis à son examen, la Cour d'appel a pu décider par une décision motivée, [...], que M. et Mme Z... n'avaient pas commis de faute ».

² F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice, La Doc. fr., décembre 1999, p. 59.

³ Pour une comparaison avec la responsabilité du parent majeur protégé, G. Raoul-Cormeil, « L'incapable majeur civilement responsable du fait de son enfant mineur », *D.* 2006, p. 2016.

⁴ Cass., crim., 8 févr. 2005, *op. cit.*

Conclusion du Chapitre I

266. L'attribution de l'autorité parentale suit l'attribution du statut de parent par le lien de filiation établi entre l'enfant et son parent-mineur. L'autorité parentale est un droit personnel lié à une fonction attribuée spécifiquement aux père et mère de l'enfant, ce qui en fait leur prérogative. Celle-ci est attribuée aux mineurs dès l'instant où ils acceptent d'endosser leur fonction parentale, l'âge ne faisant pas obstacle à cette attribution, le mineur étant autonome pour accéder au statut de parent. Cette indifférence de l'âge se retrouve à nouveau dans l'exercice de l'autorité parentale, sous réserve que le parent-mineur dispose d'un discernement suffisant pour exprimer une volonté personnelle nécessaire à l'exercice de ce droit. L'autorité parentale en tant qu'attribut de la filiation est intimement liée à la personne qui endosse cette fonction. Le parent-mineur avec l'autre parent, gouverne la personne de leur enfant en veillant à sa protection et à son éducation. Cette gouvernance l'autorise et le contraint à prendre toutes les décisions sur son enfant, ce qui fait de lui le premier interprète de ses intérêts et son premier protecteur. Bien que le parent-mineur reste soumis à l'autorité de ses parents, chaque autorité parentale est cantonnée à l'enfant qui en est l'objet. Ce constat met en exergue le fait que l'autorité parentale est un droit personnel du parent qui en est titulaire, ce droit ne pouvant s'analyser comme une représentation de l'enfant dans l'exercice de ses droits. L'autorité parentale occulte ainsi les droits simplement personnels dont l'enfant n'a pas encore l'exercice, ne laissant subsister que les droits intimement liés à sa personne qui échappent à toute représentation ou assistance, parmi lesquels figure l'autorité parentale du parent-mineur. Dans l'éventualité où il serait ne serait plus apte à l'exercer, la protection de l'enfant incombera à l'autre parent ou donnera lieu, le cas échéant, à l'ouverture d'une tutelle. Les grands-parents n'ont pas vocation à substituer le parent-mineur dans l'exercice de son autorité parentale, malgré le fait qu'il soit encore l'objet de leur protection.

En accédant au statut de parent avec les droits et obligations qui en découlent, le parent-mineur endosse la responsabilité qui en est la contrepartie. Il est ainsi tenu de répondre des dommages causés par le fait de son enfant, même non fautif. Dans cette éventualité, la victime s'expose à la dépendance financière du parent-mineur, sans pouvoir se retourner contre ses parents. En tant que grands-parents, ils ne sont tenus qu'à une faute personnelle, ou le cas échéant, en tant que parents, aux dommages directement causés par le parent-mineur. Ce dernier est donc amené à assumer une responsabilité purement objective qui lui impose de garantir les dommages de son enfant en dépit de la précarité de sa situation personnelle. L'impossibilité pour le parent-mineur de faire face à sa responsabilité parentale ne pourra être compensée qu'à la condition que ses parents aient souscrit une couverture assurantielle suffisante. Les difficultés rencontrées par le parent-mineur confronté à sa responsabilité parentale, intensifient la dépendance dans laquelle il demeure vis-à-vis de ses parents, faute de mécanisme susceptible de compenser cette situation.

Chapitre II : La capacité juridique du parent-mineur

267. L'organisation juridique des relations entre les parents et leur enfant concerne non seulement la gouvernance de sa personne mais également la gestion de son patrimoine. Ces deux aspects ont pour point commun la prise de décisions et la réalisation d'actes juridiques qui prennent effet envers une personne autre que celle qui en décide. Il est alors possible de considérer que « le titulaire de l'autorité parentale agit dans le domaine extrapatrimonial tandis que l'administrateur légal est compétent pour le domaine patrimonial »¹. Si le parent-mineur est apte à prendre toutes les décisions relatives à la personne de son enfant et assume l'entière responsabilité des dommages qu'il cause, qu'en est-il de la gestion patrimoniale ? Qu'elle place juridique attribuer au parent-mineur dans son rôle d'administrateur légal des biens de son enfant ? L'administration légale pallie l'immaturation du mineur et son incapacité juridique pour la réalisation des actes et des actions juridiques de nature patrimoniale. Cette administration permet au mineur d'agir juridiquement, sans pour autant être directement exposé sur la scène juridique par la représentation légale de son parent qui agit dans son intérêt comme en matière extrapatrimoniale. Toute personne confrontée à un parent-mineur se posera la question de l'effectivité d'une représentation légale exercée par un représentant, lui-même objet d'une représentation en matière patrimoniale (à l'exception des actes courants²). Par son statut de parent, le mineur dispose d'une véritable capacité juridique lui permettant d'agir pour préserver les intérêts patrimoniaux de son enfant (**Section 1**). Cette capacité juridique reconnue au parent-mineur, lui confère également la capacité d'*ester* en justice dès qu'il agit en tant que parent, aussi bien pour faire respecter ses droits d'autorité parentale que pour protéger les intérêts de son enfant (**Section 2**).

¹ P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 646, n° 1078

² Art. 1148 C. civ.

Section 1 : La capacité patrimoniale du parent-mineur

268. Si la place occupée par la décision et l'autorité semble ici moins importante qu'en matière extrapatrimoniale, la logique juridique organisant l'aspect patrimonial demeure fortement marquée par son influence. Comme en matière de gouvernance personnelle, le droit voit dans les parents-mineurs les représentants naturels de leur enfant, ce qui fait d'eux également les gestionnaires naturels de leur patrimoine en l'absence de disposition contraires (§ 1). Cette capacité parentale reconnue aux parents-mineurs à une incidence sur leur capacité juridique personnelle et l'étendue de l'autorité parentale à laquelle ils demeurent soumis, créant une véritable sphère d'autonomie au sein de leur protection (§ 2).

§1 : La confiance accordée à la gestion patrimoniale du parent-mineur

269. L'administration légale du patrimoine du mineur revient de plein droit aux parents de l'enfant en raison de leur lien de filiation et son exercice se voit conditionné à celui de l'autorité sur la personne, indépendamment de la minorité du parent (A). Il existe une confiance placée dans la capacité des parents à représenter leur enfant, que ce soit pour gouverner sa personne en tant que titulaire de l'autorité ou en matière de gestion patrimoniale en tant qu'administrateur légal. Cette confiance a été clairement affirmée par l'unification des modalités d'exercice de l'administration légale opérée par l'ordonnance du 15 octobre 2015¹ (B).

A- L'administration légale du patrimoine du mineur par ses parents

270. Comme en matière d'autorité, le parent-mineur met à l'épreuve les logiques et les mécanismes juridiques qui conduisent à attribuer l'administration légale aux parents de l'enfant, au risque de confier cette mission à une personne elle-même juridiquement dépendante. Cette incapacité personnelle conduit à douter de la capacité de ce parent à agir et représenter le mineur dont il a la charge. Le parent-mineur en établissant sa filiation, bénéficie de plein droit de l'administration légale sur les biens de son enfant (1). L'inaptitude des parents-mineurs dans la gestion des biens de leur enfant ne se présume pas de leur minorité (2).

¹ Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, portant simplification et modernisation du droit de la famille, JO 16 octobre 2015 p. 19304, texte n° 10

1. L'attribution de l'administration légale aux parents-mineurs

271. La première question est de savoir si les parents, quoique mineurs, « ont qualité pour administrer les biens de leur enfant »¹. Pour y répondre, il convient d'envisager les règles juridiques organisant l'administration légale et plus précisément son attribution. Les mécanismes juridiques de gestion des biens du mineur existaient déjà du temps de la puissance paternelle², l'administration patrimoniale se fondait dans la puissance dévolue au père de l'enfant mineur³. C'est la loi du 6 avril 1910⁴ qui a dégagé, pour la première fois, l'existence d'une administration dont le fonctionnement se distinguait de la gouvernance sur la personne du mineur. Ce texte envisageait le chef de famille en tant qu'administrateur légal des biens de son enfant, et non plus en tant que « gouverneur de sa personne » exerçant sur lui la puissance paternelle. Concernant son attribution, le texte ne faisait que renvoyer aux dispositions de l'ancien article 389 du Code civil organisant son exercice et selon lequel le père était, du vivant des époux, administrateur légal des biens de leurs enfants mineurs non émancipés.

272. Pour exister légalement, l'administration devait porter sur les biens d'un enfant légitime disposant à la fois d'un père et d'une mère en vie. En dépit de l'absence d'exercice conjoint de l'administration légale, la mère représentait déjà implicitement, pour le législateur de l'époque, un contre-pouvoir nécessaire à l'action du père. En cas de décès de l'un des parents, le survivant était investi de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant, mais l'administration légale disparaissait au profit d'une tutelle aux biens, faute d'un contre-pouvoir pour contrôler l'action du parent survivant⁵. Face à ce constat, la première et la plus importante des questions posées par les auteurs de l'époque sur l'administration légale tenait à sa nature juridique⁶. De cette nature dépend son attribution et de son attribution dépend son exercice. Certaines des interrogations envisagées à cette époque trouvent encore aujourd'hui un écho dans l'analyse du statut juridique des parents-mineurs. Il s'agissait par exemple de

¹ *Lamy Droit des personnes et de la famille*, Ouvrage collectif, F. Dekeuwer-Defossez (dir.), 2016, n° 466-17 ; v. aussi : J. Massip., *Administration légale et tutelle des mineurs*, t. I, Régime juridique, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 137 ; L. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 2, *Les personnes : la personnalité, les incapacités*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 1997.

² P. Malaurie, *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2017, pp. 299 et s., n° 618 ; G. Durry et M. Gobert, *La réforme de la tutelle et de l'administration légale à l'épreuve du temps*, éd. PUF, coll. Jean Foyer, 1997, pp. 377-390.

³ « Le père, administrateur légal, pouvait aliéner sans aucune formalité les valeurs mobilières appartenant au mineur » : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil Français*, t. 1, Dalloz, 1947, p. 625, n° 805, spéc. : « Le laconisme de l'ancien article 389 ».

⁴ Loi du 6 avril 1910 relative à l'administration légale du père (nouvel article 389 du Code civil), *JO* 8 avril 1910, p. 3077 ; reproduction disponible sur le site de la Bibliothèque nationale de France : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57725533/f9.image>, [consulté le 1^{er} octobre 2019] ; v. aussi H. Capitant, « La loi du 6 avril 1910 », *RTD. civ.* 1910, p. 271 ; M. Bartin, rapport à la société d'étude législative, *texte et discussion*, *Bull Société*, 1906, pp. 297-333 ; L. Pétre, *L'administration légale du père*, thèse Paris, 1911 ; H. Chauvigny de Blot, *De l'administration légale, étude comparée de la loi du 6 avril 1910 et de la législation antérieure*, thèse Paris 1912 ; M. Gillet, *De l'administration légale des biens des enfants mineurs*, thèse Caen, 1912.

⁵ A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, p. 625, n° 804.

⁶ « La question qui dominait notre matière se posait ainsi : quelle est la nature juridique de l'administration légale ? De la réponse à cette question dépend la solution de presque tous les problèmes soulevés autour de notre sujet, à ce point qu'il suffirait de déterminer, une fois pour toutes, cette nature juridique pour que se trouvassent élucidés en majeure partie les doutes que des prescriptions successives résolvent d'une façon aussi pénible qu'incomplète. [...]. Cette question fondamentale, de laquelle surgissent toutes les difficultés de notre matière, et dont la solution aurait dû être tout au moins le principe générateur du nouvel article 389, cette question, le législateur ne l'a pas effleurée. Non seulement il ne l'a pas tranché, mais il est impossible même de deviner l'opinion qu'il s'en est faite, ni même s'il a sur elle une opinion quelconque » : H.C. Moreau, « De l'administration légale du père », in *Bull-comm. des lois nouvelles et décrets*, 1910, n° 15 ; reproduction disponible à l'adresse : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57725533/f9.image>, [consulté le 1^{er} octobre 2019].

déterminer si un tribunal pouvait priver un père incapable de sa charge d'administration légale ou si l'auteur d'une libéralité faite au mineur pouvait en soustraire l'objet à l'administration du père pour la confier à une personne dont la gestion serait davantage digne de confiance¹.

273. Deux logiques juridiques sont parvenues pendant longtemps à coexister en la matière, bien que singulièrement opposées². Ces deux conceptions entretenaient une certaine confusion, tant sur la nature juridique de l'administration légale que sur les raisons de son attribution. Avant la loi de 1910, l'administration légale était absorbée dans les mécanismes de la puissance paternelle. Le père bénéficiait d'un droit sur le patrimoine du mineur identique à la puissance qu'il détenait sur la personne de son enfant³, ce qui a permis à certains pères de privilégier leurs intérêts au détriment de ceux de leur enfant usant de ses biens à leur avantage quitte à les dilapider. Le juge, puis le législateur ont souhaité encadrer cette administration pour préserver les intérêts de l'enfant durant sa minorité. Si le lien existant entre l'administration légale et la puissance paternelle a été préservé, la première étant l'émanation de la seconde⁴, son exercice a été considérablement limité. L'organisation de l'exercice de l'administration légale s'est éloignée de la puissance paternelle et s'est rapprochée de l'organisation prévue pour la tutelle des mineurs. Ce changement de logique a permis de contrôler l'action des chefs de famille au nom de l'intérêt patrimonial de l'enfant. En rapprochant l'exercice de l'administration légale des règles de la tutelle, le législateur l'avait-il pour autant détaché de la puissance paternelle ? Dans la négative, son attribution demeurerait fondée sur la filiation et dans l'affirmative l'administration légale, compte tenu de son fonctionnement, devenait un simple mécanisme de représentation, l'assimilant à une tutelle d'un genre particulier à savoir « une tutelle très libre, une tutelle sans garantie, une tutelle règlementée doucement »⁵.

274. Ce questionnement permet de mieux comprendre les hésitations qui marquent encore aujourd'hui la doctrine sur la question des liens existant entre la filiation, l'attribution de l'autorité sur l'enfant et celle de l'administration légale. Si l'administration légale n'est qu'un mécanisme destiné à pallier une incapacité juridique, son attribution aux parents n'est pas essentielle et peut être dévolue à une autre personne plus à même de gérer le patrimoine de l'enfant. Suivant cette logique, un parent-mineur ne pourrait se voir attribuer l'administration légale sur les biens de son enfant qu'à sa

¹ *Ibid.*, n°s 6 et s.

² Du moins jusqu'à l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, portant simplification et modernisation du droit de la famille, qui lève cette ambiguïté entretenue durant plus d'un siècle par le législateur en rompant définitivement avec les renvois de l'administration légale aux mécanismes de la tutelle.

³ Cependant, un courant jurisprudentiel avait tenté d'encadrer l'étendue des droits du père en se référant au fonctionnement de la tutelle, refusant qu'il puisse passer seul les actes pour lesquels le tuteur se devait d'obtenir une autorisation judiciaire.

⁴ V. l'avis formulé par le Conseil d'État en 1981 selon lequel : « Dans la pensée du législateur, l'administration légale du père de famille est de droit, qui lui appartient durant le mariage d'administrer librement les biens personnels de ses enfants mineurs. Cette administration n'est pas une tutelle [...] l'administration légale a son fondement et sa garantie dans la double affection qui protège le mineur tant que vivent ses père et mère » (cité par H.C. Moreau, *op. cit.*, p. 9, n° 15).

⁵ M. Bartin, « Rapport à la société d'étude législative », *op. cit.*, pp. 299-300 ; Le père pouvant même être comparé à « un tuteur sans conseil de famille » H.C. Moreau *op. cit.*, p. 10, n° 21.

majorité ou sous réserve de son émancipation. À défaut, l'administration du patrimoine de son enfant devrait en théorie revenir de plein droit à ses parents, ou du moins conduire à la mise en place systématique d'une tutelle aux biens, comme proposée par certains auteurs¹. Ce raisonnement repose sur le constat que la parenté ne met pas fin de plein droit à l'administration légale sur le parent-mineur, faute de capacité juridique personnelle. À l'inverse, si l'administration légale est bien liée à l'autorité parentale, et donc au statut de parent, le parent est non seulement le protecteur désigné de la personne de l'enfant, mais également celui de son patrimoine. Ce second raisonnement ne fait pas de la minorité du parent-mineur un obstacle juridique à l'attribution de l'administration légale, malgré une incapacité juridique personnelle de portée générale.

275. La loi du 4 juin 1970² n'a pas permis de lever les doutes créés par le législateur en 1910 sur la nature exacte de l'administration légale. L'ancien article 382 du Code civil se contentait d'énoncer que « Les père et mère ont [...] l'administration et la jouissance des biens de leur enfant ». La simple utilisation du verbe « avoir » et sa neutralité sémantique ne laissaient pas transparaître une attribution spécifique aux parents, justifiant le questionnement sur son octroi à des parents-mineurs. La Cour d'appel de Dijon, dans son arrêt du 4 juillet 2012³, a apporté un élément de réponse à cette interrogation. À cette occasion, la Cour a abordé la représentation légale d'un enfant par sa mère âgée de seize ans. Les juges reconnaissent dans un premier temps « que [la mère] est mineure et n'est donc pas en capacité d'exercer de manière autonome ses droits [et], qu'il y a lieu en conséquence de lui donner un représentant ». Par ce rappel, ils constatent que le statut de parent ne met pas fin à la protection de l'autorité parentale, ou à défaut, de la tutelle (comme en l'espèce). Concernant l'attribution de l'administration légale à un parent-mineur, la Cour considère sous le visa de l'ancien article 389-3 du Code civil⁴ qu'en dépit de leur minorité « les parents étant les représentants naturels de leurs enfants, cette fonction leur revient de droit ». Comme pour l'attribution de l'autorité, la Cour considère que l'âge n'est pas un critère susceptible de faire obstacle à lui seul à l'attribution de la représentation légale à un parent-mineur.

276. La représentation légale, par sa nature transversale à l'autorité parentale, se retrouve également dans le cadre de l'administration légale⁵. Par cet arrêt, la Cour a marqué le lien existant entre la filiation, l'attribution de l'autorité et celle de l'administration légale qui constituent les deux faces d'une seule et

¹ Ex. : Y. Buffelan-Lanore, « Minorité. Droits propres de l'enfant », in *J.-Cl. N.*, art. 388, fasc. unique, février 2018, n° 46 ; v. aussi : A.-M. Sohm-Bourgeois, « V° Minorité, Majorité », in *Rép. civ.*, Dalloz, 1996, n° 35.

² Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO* du 5 juin 1970, p. 5227.

³ C.A. Dijon, ch. civile, C, 4 juillet 2012, Président du Conseil Général de La Côte d'Or c/ l'Association beaunoise de Protection de l'Enfance, n° 12/00315, *Juris-Data* n° 2012-019105 ; *Dr. fam.* 2012, comm. p. 169, C. Neirinck ; *D.* 2013, p. 2073, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *RTD. civ.* 2013, p. 818, note J. Hauser ; *LPA* 12 août 2013, n° 160, p. 3, note. F. Dekeuwer-Défossez.

⁴ Article qui figurait depuis sa création parmi les dispositions du Code consacrées à l'administration légale et figure depuis l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 à l'art. 388-1-1 C. civ., qui se situe dorénavant dans un chapitre I traitant « De la minorité » dans son ensemble, au titre X « De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ».

⁵ J. Poirret, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, thèse dactyl., Paris est, 2011, nos 89 s., pp. 101 s.

même pièce. Cette complémentarité des mécanismes de protection de l'enfant implique à des degrés différents de recourir non seulement à l'autorité mais également à la représentation légale. Ce constat renforce la conviction selon laquelle l'administration est restée profondément liée à l'autorité du parent en dépit de la volonté du législateur d'en contrôler le fonctionnement par son rapprochement du fonctionnement de la tutelle, ne l'éloignant qu'en apparence de la parenté. Tout acte juridique pris en matière patrimoniale trouve sa source dans une volonté, matérialisée par un consentement qui n'est que l'aboutissement du processus décisionnel¹. Ce raisonnement présente l'avantage de répondre à une autre interrogation récurrente portant sur application de l'alinéa 4 de l'article 371-1 du Code civil qui demande à ce que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». Cette participation de l'enfant, prévue au chapitre premier consacré à l'autorité parentale relative à sa personne, ne se restreint pas au domaine personnel et a vocation à s'appliquer à l'administration légale. Si les actes patrimoniaux trouvent leur origine dans une décision prise en vertu de l'autorité des parents, alors l'enfant doit également être associé aux décisions portant sur son patrimoine en fonction de sa maturité. La loi privilégie les parents dans le rôle d'administrateur légal, car ils sont les interlocuteurs désignés pour toutes les décisions qui concernent leur enfant et l'y associent au quotidien. Le domaine patrimonial n'est donc pas aussi hermétique à l'autorité² que l'omniprésence de la représentation pourrait le laisser supposer³. Comme en matière personnelle, les parents ont vocation à substituer leur volonté à celle de leur enfant⁴ en attendant qu'il dispose d'une maturité suffisante pour gérer seul son patrimoine. Ce constat conduit des auteurs à « s'interroger sur le fait de savoir si la représentation de l'enfant [mineur] par ses parents est une véritable représentation » et si les parents ne feraient pas qu'exercer leurs prérogatives parentales y compris en matière patrimoniale⁵. C'est ce raisonnement qui a conduit la Cour d'appel de Dijon à statuer dans un sens favorable à la gestion du parent-mineur, en estimant que l'incapacité due à son seul âge ne faisait obstacle ni à l'autorité ni à la représentation, requise pour l'administration légale⁶. Cette décision est la seule réponse apportée à ce jour sur cette question, l'arrêt n'ayant pas fait l'objet d'un pourvoi. Cette solution a été corroborée par l'évolution législative récente de l'administration légale du patrimoine de l'enfant.

¹ V. B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2019, pp. 85 s., n^{os} 72 s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2018, pp. 71 s., n^{os} 67 s. ; v. art. 1113, 1114 et 1118 C. civ.

² V. J. Poirret, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, *op. cit.*, partie II, chapitre 1 : « Le caractère autoritaire de la représentation », pp. 273 et s.

³ V. *infra* n^{os} 300 s.

⁴ Ce que le doyen Carbonnier suggère être une représentation imparfaite, qui consiste pour chaque acte passé, à substituer la volonté propre du représentant à celle du représenté : « On conçoit que le représenté anime directement l'effet des actes juridiques passés pour son compte lorsqu'il est capable, donc à même de donner des instructions et des ordres, comme d'en contrôler l'exécution. On le conçoit beaucoup moins d'un incapable, tel l'enfant ou le fou. Par la force des choses, l'intervention du représentant est alors indépendante du représenté. Ce ne peut plus être le mécanisme de la représentation parfaite ». J. Carbonnier, *Les personnes*, *Droit civil*, t. 1, Thémis droit privé, 23^{ème}, éd. 2000, n^o 158.

⁵ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, pp. 648 à 649, n^o 1081.

⁶ V. J. Hauser, « Autorité parentale et administration légale par un parent-mineur », *RTD. civ.*, 2013, p. 818.

277. Par l'ordonnance du 15 octobre 2015¹, le législateur a réorganisé profondément le régime de l'administration légale². Les textes issus de cette révision confortent l'idée avancée par la Cour d'appel de Dijon qui précise que le parent-mineur est, par l'effet de sa filiation, le représentant naturel de son enfant et donc son administrateur légal. L'article 382 qui introduit la section première du Code civil consacrée à l'administration légale débute dorénavant de la manière suivante : « l'administration légale appartient aux parents »³. Cette formulation est sans équivoque, car elle reprend l'alinéa 2 de l'article 371-1 de ce même Code selon lequel : « elle [l'autorité parentale] appartient aux parents [...] ». L'utilisation faite du verbe « appartenir » répond à « la volonté de donner la même place aux parents qu'ils agissent sur la personne de leur enfant ou sur les biens de ce dernier »⁴. En optant pour le verbe « appartenir », plutôt que l'auxiliaire « avoir »⁵, le législateur marque le fait que l'attribution de l'administration légale est une conséquence juridique du lien de filiation. La filiation établie entre l'enfant et ses père et mère conduit de plein droit à leur attribuer l'autorité sur la personne de l'enfant, ainsi que l'administration légale sur ses biens avec l'usufruit qu'est la jouissance légale⁶. Les liens qui existaient entre le fonctionnement de l'administration légale et celui de la tutelle ont disparu avec la suppression de l'ancien article 389-7 du Code civil⁷. En supprimant ce texte, le législateur a réinstauré la confiance de la société dans la gestion parentale perdue en 1910. Les doutes sur la nature juridique de l'administration légale qui ont marqué plus d'un siècle de législation ont été levés par l'ordonnance de 2015, qui permet d'affirmer que le parent-mineur est de plein droit l'administrateur légal du patrimoine de son enfant en vertu de son lien de filiation. Si ce droit appartient effectivement aux parents du mineur indépendamment de leur propre minorité, il convient d'envisager son exercice, car comme en matière d'autorité, la fonction d'administrateur légal peut être déléguée à une autre personne que son titulaire, lorsqu'il n'est pas apte à l'exercer.

¹ Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, *JO* n° 0240 du 16 octobre 2015, p. 19304 texte n° 10, art. 3 et s.

² V. le rapport au Président de la République, relatif à l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, *JO* du 16 octobre 2015 texte n° 9.

³ B. Teyssié, *Droit des personnes*, LexisNexis, 20^{ème} éd., 2018, p. 401, spéc. nos 666 s.

⁴ « Cette modification de l'administration légale conduit à une restructuration complète des règles relatives à l'administration légale, qui se traduit en premier lieu par un nouvel emplacement dans le Code civil, l'ensemble des règles étant inséré dans le chapitre consacré à l'exercice de l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant. Ce choix légistique traduit la volonté de donner la même place aux parents qu'ils agissent sur la personne de leur enfant ou sur les biens de ce dernier. Cette réforme permet de créer un régime spécifique autonome pour l'administration légale, sans lien désormais avec le régime de la tutelle. » : rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, *op. cit.*

⁵ V. ancien article 382 abrogé par l'ordonnance de 2015.

⁶ Art. 386-1 C. civ. ; le droit de jouissance légale est le droit pour les parents, en tant qu'administrateurs légaux des biens de leur enfant mineur, de s'approprier les revenus du patrimoine de l'enfant sans avoir à en rendre compte, à charge de satisfaire à son entretien et son éducation.

⁷ L'article disposait que : « Les règles de la tutelle sont, pour le surplus, applicables à l'administration légale, avec les modalités résultant de ce que celle-ci ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur, et sans préjudicier, d'autre part, aux droits que les père et mère tiennent du titre "De l'autorité parentale", notamment quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens. ».

2. L'exercice de l'administration légale par un parent-mineur

278. Au-delà de l'attribution de l'administration légale à une personne mineure, c'est essentiellement son exercice qui soulève le plus d'opinions divergentes. L'intérêt de cette question s'est renforcé depuis que le mariage n'est plus la solution privilégiée pour harmoniser le régime de la minorité avec celui de parent¹. L'administration légale repose essentiellement sur la représentation légale². En l'absence de définition de ce mécanisme juridique, la doctrine en a esquissé les contours par référence à son fonctionnement et à ses effets. La représentation serait l'« action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel, d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre - incapable ou empêchée - un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté »³. Il est important de souligner que cette définition met en avant l'existence non pas d'un, mais de plusieurs types de représentations dont le point commun consiste en la réalisation d'un acte juridique. Partant de ce constat, une certaine vigilance s'impose face à l'apparente similitude de ces représentations, car les logiques juridiques et le but qui les anime peuvent différer l'une de l'autre. Ces variations s'observent selon leur origine : légale, judiciaire ou conventionnelle, mais aussi dans une même catégorie, car il n'existe pas en droit français de théorie générale de la représentation même en restreignant l'analyse au domaine de l'incapacité⁴. Il devient difficile dans ces conditions d'expliquer le fonctionnement d'un de ces régimes par référence à un autre, car leurs points communs n'effacent pas leurs divergences. De plus, à l'égard de l'autorité parentale, la représentation est transversale à la matière et se retrouve dans les actes extrapatrimoniaux conclus par le parent pour son enfant.

279. Ces mécanismes présentent une similitude sur le fonctionnement de la représentation, l'acte juridique qui en résulte réunit trois types de parties que sont le titulaire de la prérogative, l'auteur de l'acte et le sujet d'imputation, le premier et le troisième sont une même personne, dite représentée, et l'auteur de l'acte, dit représentant, s'en distingue⁵. Une seconde similitude peut être observée étant donné que « la cause de l'acte s'apprécie chez le représentant, mais la consistance des effets s'apprécie chez le représenté »⁶. C'est sur ce dernier point, évoqué par M. Fossier, qu'émergent les sources d'hésitation sur l'exercice de l'administration légale et donc la représentation d'un mineur par un parent lui-même mineur. En matière de représentation légale, l'objectif poursuivi est de pallier l'incapacité juridique du représenté en le dotant d'un représentant pour qu'il puisse agir indirectement sur la scène

¹ V. *infra* nos 693 et 694 ; v. également : F. Dekeuwer-Defossez, « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *Recherches familiales*, 2012/1, n° 9, p. 168.

² C'est « en matière de gestion patrimoniale que la représentation trouve son expression la plus pure, puisque les libertés individuelles y sont, incontestablement, moins mises en cause que dans la sphère extrapatrimoniale », T. Fossier et N. Peterka « Gestion du patrimoine des personnes en tutelle », in *J.-Cl. civ.*, art. 496 à 502, novembre 2016, n° 3.

³ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu, *op. cit.*, v. « représentation », 2 - sens figuré devenu le plus courant (a).

⁴ T. Fossier « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », *Dr. fam.*, mai 2004, n° 5, étude 10.

⁵ M. Storck, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », *LGDJ* 1982, n° 88

⁶ T. Fossier « La représentation légale des incapables, une théorie à construire » *pre.cit.*, et l'auteur souligne à juste titre « que ces formulations n'expliquent pas que certains représentants légaux (précisément en dehors du domaine des incapacités) puissent avoir occasionnellement des pouvoirs qui excèdent les droits subjectifs ou les intérêts propres du représenté » ; L'auteur renvoie aux propos de Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, thèse Paris 2, 1997. p. 111.

juridique, pour le protéger, qu'il s'agisse d'un majeur ou d'un mineur. En suivant cette unique logique, il serait possible de conclure que le représentant légal d'une personne bénéficiant d'un régime d'incapacité juridique se doit d'être elle-même capable pour apporter au représenté ce qui lui manque pour la réalisation de l'acte juridique prévu. Un parent-mineur ne peut théoriquement pas assurer cette mission en raison du maintien de sa propre incapacité juridique personnelle. L'autorité parentale entendue largement peut faire l'objet d'un démembrement entre d'une part la gouvernance de la personne, et d'autre part la gestion du patrimoine de l'enfant, c'est pourquoi certains auteurs estiment que lorsqu'« un acte dépasse la capacité du parent-mineur, cet acte devrait être accompli par son propre représentant légal ou dans le cas contraire, il y aura lieu de désigner un administrateur *ad hoc* à son enfant »¹. Cette solution prend le contrepied de la seule décision rendue à ce sujet par la Cour d'appel de Dijon², et ne tient pas compte des spécificités de l'autorité parentale ni du statut de mineur. « La représentation n'est pas seulement un moyen de remédier à l'incapacité d'exercice du mineur : les parents possèdent plus que le simple droit d'agir à sa place, ils possèdent la faculté de l'exclure de l'exercice de ses droits »³. Cette faculté s'explique par l'autorité dont les parents comme les parents-mineurs disposent, tant sur la personne que sur le patrimoine de leur enfant.

280. Si la capacité juridique du représentant est en principe exigée, sa pleine capacité civile n'est toutefois pas requise⁴. En matière conventionnelle, la loi admet qu'un mineur non émancipé puisse exercer une mission de représentation dans le cadre d'un contrat de mandat⁵. Cet exemple ne peut être transposé à la représentation légale car les logiques juridiques du contrat de mandat diffèrent de la logique de la représentation légale des personnes vulnérables⁶. En matière de mandat, c'est le mandant (représenté) qui légitime l'action de son mandataire (représentant). Pour cette raison la capacité personnelle du mandataire est indifférente pour la validité du mandat et la réalisation de la mission

¹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, LGDJ, 2^{ème} éd., 1952, par R. Savatier ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français* : t. 1, par A. Ponsard, Librairies techniques, 7^{ème} éd., 1964, § 99, texte et note 1 ; J.-F. Tallet, *Incapacité ou capacité du mineur*, Thèse Bordeaux, 1983, p. 375 ; A. M. Sohm-Bourgeois, « V^o Minorité, Majorité », in *Rep. civ.*, Dalloz, 1996, n° 35 ; Y. Buffelan-Lanore, « Droits propres de l'enfant », in *J.-Cl. N.*, art. 388, fasc. unique Minorité, n° 45 ; D. Montoux, « Mineurs. Majeurs protégés », in *J.-Cl. N. formulaire*, n° 40 ; du même auteur, « Mineurs. Majeurs protégés », in *J.-Cl. N.*, fasc. n° 40, n° 40.

² CA Dijon, 4 juillet 2012, n° 12/00315, *op. cit.*

³ P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 654, n° 1091 ; A. Gouttenoire « Représentation et administration légale », in *Dr. fam.*, P. Murat (dir.), Dalloz, coll. Dalloz action 2016, n° 237.10 et s. ; v. aussi A. Sériaux, « "Tes père et mère tu honoreras" réflexion sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTD. civ.* 1986, p. 265.

⁴ R. Mathey, « Représentation », in *Rep. civ.*, Dalloz, juillet 2017, (actualisation juillet 2019), n° 59.

⁵ Art. 1990 C. civ.

⁶ Si le mandat conventionnel a pénétré la sphère familiale par le mandat de protection future et plus récemment par l'habilitation familiale qui reposent tous deux sur le mécanisme de la représentation contractuelle, ces dispositifs sont limités aux personnes souffrant d'une altération de leurs facultés mentales. Le mandat conventionnel peine à investir la protection des mineurs V. la tentative visant à créer un mandat d'éducation quotidienne envisagée par un avant-projet de loi intitulé : « autorité parentale et droit des tiers » dont la procédure parlementaire s'est arrêtée d'une manière brutale suite au rapport de J. Léonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale, droit des tiers*, 7 octobre 2009, *La doc. fr.* ; v. à ce sujet : A. Mirkovic, « Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers », *AJ. fam.*, 2008, p. 428 ; du même auteur, « Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers--A propos du rapport Léonetti », *JCP G*, 19 octobre 2009, p. 345 ; D. Versini, « Autorité parentale et droits des tiers », *D.* 2009, p. 1072 ; J.-J. Lemouland, « Consentement et capacité. L'influence discrète de l'utilitarisme », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, V. Larribau-Terneyre et S. Pellé (dir.), PUPPA, 2016.

repose exclusivement sur celle du mandant¹. La minorité du mandataire n'a pas d'incidence, car seule compte pour sa validité la capacité du mandant. Concernant la représentation légale la logique est inversée : c'est le représentant qui permet au représenté d'agir à travers lui, l'explication de l'exercice de l'administration légale par un mineur se situe donc ailleurs.

281. L'un des arguments avancés par les auteurs qui contestent l'exercice de l'administration légale par un parent-mineur résulte d'une comparaison opérée avec le statut du parent majeur protégé. Les parents-mineurs comme les parents majeurs protégés étant vulnérables, ils bénéficient d'un régime légal de protection à titre personnel. Un parent majeur ne peut en principe exercer l'administration légale sur le patrimoine de son enfant s'il est placé sous un régime de protection². L'exclusion des parents majeurs protégés de l'administration légale de leur enfant trouvait sa justification par le lien créé entre l'organisation de l'administration légale et le fonctionnement de la tutelle par l'ancien article 389-7 du Code civil³. L'article 395 du Code civil sur l'impossibilité d'exercer les charges tutélaires était donc transposable à l'administration légale. Cet article se réfère explicitement à quatre catégories de personnes qui ne peuvent être nommées tuteurs ou tutrices : les majeurs sous protection juridique, les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée, celles pour lesquelles l'exercice des charges tutélaires a été interdit en application de l'article 131-26 du Code pénal et enfin, les mineurs non émancipés. Ce texte prévoit cependant une exception. Il précise que si le mineur est le père ou la mère de l'enfant placé sous tutelle, il pourra exercer les charges résultant de cette protection⁴. Cette exception permet d'affirmer que la minorité du parent ne constitue pas, à elle seule, un obstacle à l'exercice de l'administration légale⁵. Le parent-mineur n'a pas à être représenté dans l'exercice d'une fonction qui trouve sa justification dans le lien de filiation et qui est conditionnée par l'exercice de l'autorité sur la personne de l'enfant. Il convient également de rappeler que les textes organisant l'administration légale

¹ « Les parents sont investis par décision de la loi d'une mission qui va au-delà de la représentation et du pouvoir que leur transmettait un simple représenté conventionnel ». A. Gouttenoire « représentation et administration légale », in *Dr. fam., op. cit.*, n° 237. 16.

² TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP* 1990, II, p. 21514, note T. Fossier ; T. Verheyde, « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ. fam.* 2012, p. 257.

³ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs avait, par l'ancien article 495 C. civ., avait réalisé un renvoi vers les dispositions encadrant la tutelle des mineurs pour organiser le fonctionnement de la tutelle des majeurs. Ce raisonnement par simple renvoi a fait que le fonctionnement de l'administration légale renvoyait aux dispositions encadrant le fonctionnement de la tutelle des majeurs, lui-même calqué sur les dispositions de la tutelle des mineurs. V. sur ce point : T. Fossier et N. Peterka : « Gestion du patrimoine des personnes en tutelle », *op. cit.*, n° 1 et s.

⁴ Sur ce point v. *infra* n° 248.

⁵ V. M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse Lyon 3, 2006, n° 654 : sur l'exercice de l'administration légale par le parent-mineur : « [...] ce n'est pas le statut de mineur qui pose difficulté, mais le défaut d'aptitude lié au jeune âge. C'est pour cette raison que le mineur peut exercer la tutelle sur ses propres enfants : la parenté permet ici de présumer de l'aptitude à administrer le patrimoine de son enfant et à le représenter dans les actes de la vie civile. » ; v. également : C. Neirinck, comm. sous CA Dijon, 4 juillet 2012, n° RG 12/00315, *Dr. fam.* 2012, comm. p. 169 ; S. Moracchini-Zidenberg, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. fam.* 2012, étude 17, nos 28 et 29 ; J. Hauser, « Autorité parentale et administration légale par un parent-mineur », *op. cit.* ; pour une approche plus restreinte de ces dispositions, v. P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, pp. 920 et 567, spéc. n° 920. Ces deux auteurs estiment cette solution peu cohérente avec le fait que le parent-mineur reste soumis à l'autorité parentale et à l'administration légale de ses parents. Pour cette raison ils considèrent qu'une charge tutélaire ne peut être confiée à un parent-mineur que dans le cadre des tutelles « dans laquelle interviennent un conseil de famille et un subrogé tuteur ». Cette proposition de restriction peut s'expliquer par la volonté de contrôler l'action du parent-mineur dans le cadre de la tutelle (v. *infra* n° 604 [conseil de famille] et n° 611 [tuteur]), mais cette proposition est critiquable, car elle revient à poser une condition non envisagée par la loi en limitant l'exercice de l'administration légale par un parent-mineur au fait que l'autre parent soit majeur.

s'appliquaient à une période où la majorité était encore à 21 ans et dans un contexte où le Code civil comprenait deux autres catégories de personnes juridiquement incapables, aujourd'hui disparues : les femmes et les enfants naturels¹. Les femmes pouvaient bénéficier à cette époque elles aussi d'une dérogation qui leur permettait d'exercer les charges de la tutelle sur leur enfant naturel² depuis une loi du 2 juillet 1907. Dix ans plus tard, la loi du 20 mars 1917 a tout simplement supprimé leur incapacité en matière de tutelle, car le législateur a considéré cette exclusion contraire à l'intérêt des enfants³.

282. L'évolution récente de la matière par l'ordonnance de 2015 conforte cette interprétation avec la suppression de l'article 389-7 du Code civil. L'exercice de l'administration légale est explicitement et exclusivement rattachée à l'exercice de l'autorité sur la personne de l'enfant qui est attribuée de droit à ses parents⁴. L'article 382 du Code civil dispose que « si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale ». Ce texte illustre l'imbrication des effets juridiques nés de la filiation, l'administration légale étant placée « dans l'ombre de l'autorité parentale »⁵. Le statut de parent attribue de plein droit, non seulement l'autorité parentale avec la gouvernance de la personne mais également l'administration légale sur les biens aux père et mère de l'enfant⁶. L'exercice de l'autorité revient en principe à ses titulaires, exercice qui entraîne également celui de l'administration légale qui permet également aux parents de bénéficier de la jouissance légale sur les biens qu'ils administrent⁷. Toutes ces dispositions s'enchaînent sans que l'âge des parents puisse y faire obstacle. Les réponses aux questions portant sur l'exercice des prérogatives parentales par un parent-mineur se trouvent pour partie dans l'aptitude et la capacité que la loi leur reconnaît en matière de filiation⁸. Le caractère strictement personnel inhérent à l'exercice des droits de la filiation se répercute alors sur tous les droits et devoirs qui en découlent. Il est possible d'affirmer que le parent-mineur est non seulement amené à exercer l'autorité sur la personne de son enfant, mais qu'il exerce également l'administration

¹ Les enfants nés hors mariage ou non reconnus par leur père et dont la gestion des biens faisait systématiquement l'objet d'une tutelle.

² Anc. art. 442, 3 C. civ.

³ V. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, n° 745, p. 573.

⁴ Notons que ce choix réalisé par le législateur pose la question du maintien de la solution du TI de Saint Omer (*op. cit.*) qui refuse l'exercice de l'administration légale par des parents majeurs sous protection juridique. L'exercice de l'autorité parentale et les actes qui en découlent revêtent légalement une nature éminemment personnelle. Dès lors, ils ne peuvent être exercés par représentation ou assistance. Si la personne protégée a l'exercice de l'autorité elle dispose aussi de droit de l'exercice de l'administration légale conformément à l'article 382 du Code civil. Le législateur a pu sur ce point faire preuve d'un trop grand empressement dans sa volonté de légiférer. Cependant, la question du majeur protégé n'est pas l'objet de notre propos, dès lors il convient de ne pas s'étendre plus amplement sur cette question qui mérite d'être soulevée.

⁵ M. Bruggeman, « Retour sur l'administration légale », in *Mélange en l'honneur de C. Neirinck*, Lexis-Nexis, 2015, p. 690 ; et ce, bien que l'administration légale puisse être substitué par la tutelle, si le parent rencontre de graves difficultés dans sa gestion.

⁶ V. sur le lien entre les modalités d'exercice de l'autorité parentale et l'administration légale dont elle constitue l'un des attributs patrimoniaux : N. Peterka, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. À propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *JCP G* 2015, p. 1160.

⁷ Rappelons qu'avant la loi du 14 décembre 1964, l'obligation de gestion en « bon père de famille » n'était employé qu'à l'égard de la gestion des biens du mineur. Ce n'est qu'à partir de 1964 que cette expression est étendue aux administrations patrimoniales applicables aux majeurs ; v. sur ce point : T. Fossier, « Juge et bon père de famille : les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour mineur », *AJ. fam.*, 2002, p. 363.

⁸ V. *supra* nos 136 et s.

légale sur son patrimoine¹. En tant qu'administrateur, le parent-mineur est le représentant légal de son enfant dans tous les actes de nature patrimoniale², quand bien même il est représenté par ses parents dans tous les actes touchant à son patrimoine personnel. Pour résumer, la jouissance légale est l'attribut de l'administration légale qui est l'attribut de l'autorité parentale qui est elle-même l'un des attributs de la filiation.

283. Pour illustrer cet enchaînement, il suffit d'observer que la perte de l'un de ces droits entraîne avec elle tous ses attributs. La disparition du lien de filiation emporte également celle de l'autorité parentale, de l'administration légale ainsi que de la jouissance légale qui se trouvent alors sans objet. Le retrait de l'autorité conduit également à celui de l'administration³ qui met fin à la jouissance légale, le parent ne conservant que son lien de filiation avec l'enfant. En cas de délégation de l'autorité parentale ou de l'ouverture d'une tutelle aux biens, le parent n'exerce plus l'administration légale, mais continue de gouverner la personne de l'enfant⁴. La protection patrimoniale est un attribut de la protection extrapatrimoniale, « [...] la gestion des biens suit le gouvernement de la personne [...] »⁵, et ce, bien qu'ils puissent être exceptionnellement dissociés. L'ordonnance de 2015 n'a fait que réaffirmer ce principe en unifiant les modalités d'exercice de l'administration légale sous un seul et même régime inspiré de l'exercice de l'autorité sur la personne de l'enfant.

B- L'unification des modalités d'exercice de l'administration légale

284. Les questions relatives à l'exercice de l'administration légale peuvent sembler théoriques en considération de l'âge et de la faiblesse des valeurs présentes dans le patrimoine de l'enfant du parent-mineur. Ce constat laisserait supposer que les mineurs accédant au statut de parent n'auraient pas à exercer l'administration légale, faute de biens à gérer. Pourtant, il existe des cas où un enfant bien qu'en bas âge (ici l'enfant du parent-mineur) peut disposer d'un patrimoine, par exemple suite à une indemnité obtenue en réparation d'un dommage subi, d'une donation⁶, ou encore d'un héritage, dont il serait directement bénéficiaire⁷. Les parents-mineurs en tant qu'administrateurs légaux peuvent être amenés à gérer ces ressources dans l'intérêt de leur enfant. Si pendant longtemps l'administration pouvait être pure et simple ou sous contrôle judiciaire en fonction de l'organisation familiale (1), il ne

¹ « L'administration légale, comme l'autorité parentale, est la conséquence directe de l'établissement de la filiation. Son attribution est seulement liée à l'attribution de l'autorité parentale. » : C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n° 286

² G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse Grenoble 2, 2000, n° 323, pp. 197 à 199.

³ Ce principe est valable depuis l'abrogation de l'article 288 al. 3 C. civ. par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002. L'article permettait au juge saisi d'une demande de divorce de confier l'administration légale au parent qui n'obtenait pas l'exercice de l'autorité parentale, si la bonne administration de l'enfant l'exigeait.

⁴ Cass., avis 24 mars 2014, n° 13-70010 ; v. aussi : Cass., civ. 1^{ère}, 8 novembre 1982, n° 80 12.309, *Bull. I* n° 323 ; civ. 1^{ère}, 13 décembre 1994, n° 93-14.610 et 92-16.106 ; civ. 1^{ère}, 12 octobre 1999, n° 97-17.018, 3 novembre 2004, n° 03 05.056, *Bull. I* n° 246.

⁵ P. Salvage-Gerest, « Article 391 du Code civil, tutelle aux biens ou tutelle complète ? À propos de l'arrêt de Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000 », *Dr. fam.* n° 9, septembre 2001, chron 19.

⁶ Y. Favier, « La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités », *AJ. fam.* 2002, p. 360.

⁷ Art. 384 C. civ.

demeure aujourd'hui qu'un seul régime qui repose sur une confiance *a priori* de la société dans la gestion parentale. Les modalités de ce régime unique sont cependant amenées à évoluer en fonction des difficultés rencontrées par les administrateurs, permettant d'en adapter l'exercice aux capacités réelles de gestion des parents-mineurs (2).

1. *L'évolution des modalités d'exercice de l'administration légale*

285. Dans sa conception antérieure à la loi du 6 avril 1910¹, l'administration légale n'était régie que par un seul article et s'exerçait exclusivement dans le cadre du mariage. Son existence impliquait que l'enfant soit lié juridiquement à deux parents majeurs ou dûment émancipés. L'ancien article 389 du Code civil se contentait de désigner le père comme administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs durant le mariage, et son deuxième alinéa précisait qu'il était comptable des biens dont il avait l'administration. Faute de précisions, les modalités d'exercice de cette fonction ont été définies par la jurisprudence afin d'encadrer les dérives observées dans certaines gestions. Les juges s'étaient largement inspirés d'un système proche de l'administration légale et bien mieux encadré par la loi : la tutelle des mineurs. Ils ont observé qu'il n'y avait pas de subrogé tuteur désigné pour épauler et contrôler l'action du père dans sa gestion qui exerçait ses fonctions sans l'assistance et sans contrôle d'un conseil de famille. Pour ces raisons, l'administration légale ne pouvait être totalement assimilée à la tutelle des mineurs. Les juges se sont interrogés sur l'étendue exacte de la capacité de l'administrateur pour conclure les différents actes juridiques sur le patrimoine du mineur, et plus particulièrement ceux touchant aux valeurs mobilières. C'est sur ce point qu'ils se sont appuyés sur la tutelle pour organiser l'exercice de l'administration légale. Les juges ont estimé que le père pouvait réaliser seul tous les actes pour lesquels le tuteur pouvait agir seul, ou avec l'accord du conseil de famille, faute d'équivalence dans l'organisation de l'administration légale. Concernant les actes soumis à autorisation judiciaire, les juges ont estimé que l'intervention de la justice n'était pas conditionnée à l'existence d'un texte et pouvait avoir vocation à contrôler l'action du père en tant administrateur². Contrairement au conseil de famille, l'intervention des tribunaux n'est pas conditionnée à l'existence d'une tutelle, ce qui leur permet d'intervenir même en dehors de celle-ci. Les juges ont souhaité imposer aux pères un contrôle judiciaire, pour tous les actes où le tuteur devait obtenir une autorisation judiciaire. Ces modalités ne reposaient sur aucune base juridique solide, ce qui a permis à la Cour de cassation de casser chacune des tentatives des juges du fond visant à imposer le contrôle judiciaire de la tutelle à l'administration légale. La Cour estimait que le père pouvait agir et conclure sans restriction tous les actes qu'il jugeait nécessaires pour la gestion des biens de son enfant³, sans avoir à obtenir l'autorisation préalable d'un juge. Certaines gestions pouvaient cependant se révéler contraires aux intérêts du mineur. À cette époque, il n'était pas

¹ Loi du 6 avril 1910, relative à l'administration légale du père, *op. cit.*

² Ex. : CA Douai, 22 janvier 1984, *DP* 94. 2, p. 296 ; *S.* 94. 2, p. 311.

³ Cass., 5 janvier 1903, *DP* 1903. 1, p. 24 ; *S.* 1903. 1, p. 78 ; v. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, n° 805, p. 625.

non plus possible de transposer aux pères les déchéances prévues en matière tutélaire pour cause de mauvaise gestion. L'administration légale échappait de ce fait à tout contrôle¹. Elle ne pouvait être atteinte qu'indirectement, soit en ayant recours aux déchéances applicables à l'usufruitier dans les cas d'abus de jouissance, soit en procédant au retrait de la puissance paternelle dans son intégralité². Les modalités d'exercice de l'administration étaient à son origine calquées sur la puissance paternelle dont elle était clairement l'attribut.

286. Il faudra attendre la loi du 6 avril 1910 pour que la gestion des pères fasse l'objet d'un encadrement et puisse si besoin leur être retirée. L'objectif était ici d'offrir une protection minimum aux intérêts des enfants légitimes en préservant leur patrimoine jusqu'à leur majorité. Cette loi avait été élaborée à droit constant pour offrir une assise textuelle aux tentatives jurisprudentielles antérieures. Elle a instauré le contrôle judiciaire de la gestion de l'administrateur légal et a écarté celui d'un éventuel conseil de famille, qui se voit limité à l'ouverture d'une tutelle. L'article 389 du Code civil dans sa nouvelle rédaction de l'époque énonçait que l'administrateur légal pouvait accomplir seul les actes que le tuteur était également en mesure de faire seul ou autorisé par le conseil de famille³ et, avec l'autorisation du tribunal, les actes que le tuteur ne pouvait accomplir sans cette autorisation judiciaire. La loi a consacré l'analogie tentée par les juges du fond quelques années plus tôt, en utilisant les dispositions de la tutelle pour encadrer l'administration légale dans le silence de la loi. Cette analogie a permis aux mineurs de bénéficier d'une protection judiciaire concernant les actes de disposition les plus importants envisagés par le chef de famille⁴. Cette solution reprise par le législateur et élaborée par la jurisprudence était critiquable, car elle organisait le droit des parents en s'inspirant de l'organisation de la tutelle des mineurs. La tutelle n'exerce pas l'autorité parentale qui disparaît faute de titulaire apte à l'exercer⁵.

287. Cette administration légale n'existait qu'à la condition que les deux parents demeurent unis et présents auprès de l'enfant. Dans le cas contraire, l'administration laissait place à une tutelle qui revenait au parent auquel la garde de l'enfant était confiée. Ce changement de régime s'expliquait en raison de la méfiance affichée de la société pour les gestions monoparentales qui échappaient à tous les

¹ Cass., 29 juillet 1903, *DP* 1904. 1, p. 196 ; *S.* 1903. 1, p. 520 ; v. A. Colin et H. Capitant, *loc. cit.*

² Consacrées par la loi du 24 juillet 1889 relative aux enfants maltraités ou moralement abandonnés, placement des mineurs, action éducative en milieu ouvert, *JO* du 25 juillet 1889 p. 3653 ainsi que celle du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants.

³ Le conseil de famille est ici inutile car le père détient la puissance. Ce qui lui permet de décider sur tout ce qui touche à son enfant, contrairement à la tutelle où le tuteur se doit de suivre les lignes directrices déterminées par le conseil, malgré une certaine liberté dans son action et une absence de hiérarchie entre ces deux organes tutélaires.

⁴ Sans rechercher l'exhaustivité, le père sera soumis à l'autorisation du tribunal : en cas d'aliénations des biens meubles du mineur dans la limite de 7 500 francs, celle de ses immeubles, la conclusion d'emprunts ou de transactions, l'acceptation d'une succession dont il est bénéficiaire [...] et l'administrateur se voit aussi soumettre à une obligation de reddition des comptes identique à celle imposée au tuteur ; v. anc. art. 389 al. 11 C. civ.

⁵ V. *infra* nos 305 et 311 ; il convient de rappeler qu'une délégation d'autorité parentale ne peut être consentie ni par le conseil de famille ni par le tuteur car ils n'ont pas vocation à exercer ce droit. La tutelle n'existe qu'en raison de la disparition de l'autorité parentale dans les domaines qui lui sont attribués, qu'il s'agisse de la gouvernance de la personne ou de la gestion patrimoniale.

contre-pouvoirs même informels dont disposait l'autre parent. Cette organisation tutélaire était très contraignante pour ces familles, car elle nécessitait la mise en place de tous les organes requis par la tutelle, alors que le mineur disposait toujours de l'un de ses parents exerçant sur lui la puissance paternelle. Face à la lourdeur de ce régime, des pratiques *contra legem* de la tutelle se sont peu à peu répandues afin d'alléger cette gestion, si bien qu'elles ne présentaient à terme que peu de garanties pour le mineur¹.

288. Il faudra attendre la loi du 14 décembre 1964² pour que la gestion monoparentale soit allégée par la création du régime d'administration légale « sous contrôle judiciaire ». L'intérêt était d'instaurer un système intermédiaire entre l'administration « pure et simple » et la tutelle. Le législateur a élargi le domaine de l'administration légale³. La tutelle est limitée au cas où l'enfant ne dispose plus d'aucun parent apte à exercer leurs droits, qu'ils soient décédés ou qu'ils en aient été déchus. À compter de cette date, toutes les réformes qui ont contribué à l'égalité dans les filiations⁴ et dans l'exercice de l'autorité parentale⁵ ont contribué à étendre ce régime. Depuis cette réforme, l'administration légale pouvait être exercée soit de manière « pure et simple » si l'autorité parentale était exercée conjointement par les deux parents, soit « sous contrôle judiciaire » si un seul des parents était titulaire de cet exercice⁶. C'est pourquoi l'administration légale continuait d'être présentée comme un attribut de l'autorité bien que son fonctionnement s'en éloigne⁷.

289. Qu'elle soit « pure et simple » ou « sous contrôle judiciaire », l'administration légale se référait systématiquement à l'action du tuteur. Concernant les actes considérés comme les plus dangereux⁸, le tuteur comme l'administrateur ne pouvait plus les réaliser, que l'administration soit « pure et simple » ou « sous contrôle judiciaire ». La principale différence entre ces deux régimes d'administration légale tenait au rôle attribué au juge des tutelles qui, dans le cas du contrôle judiciaire, palliait l'absence de

¹ V. sur ce point : A. Colin et H. Capitant *op. cit.*, pp. 619 et s., nos 798 et s.

² Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, JO 15 décembre 1964, p. 11140.

³ V. l'étude d'impact du projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, du 26 novembre 2013, NOR : JUSX1326670L/Bleue, p. 13 : « en soumettant à l'administration légale tous les enfants, légitimes ou naturels, ayant au moins un parent vivant et exerçant sur eux "la puissance paternelle" [...] À côté de l'administration légale, dénommée "pure et simple" qui était réservée aux enfants légitimes dont les parents étaient mariés, le législateur de 1964 a instauré l'administration légale "sous contrôle judiciaire", ayant vocation à s'appliquer aux enfants naturels ou légitimes, lorsqu'un seul parent exerçait "la puissance paternelle". »

⁴ V. la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *op. cit.* ; l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *op. cit.*

⁵ V. Loi n° 70-459, du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *op. cit.* ; loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JO 9 janvier 1993 p. 495 ; loi n° 2002-305, 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *op. cit.*

⁶ Les causes peuvent être variées : un seul des parents a établi sa filiation dans le délai d'un an suivant la naissance de l'enfant (art. 372 al. 2 C. civ.), en cas de décès de l'un d'eux ou de retrait de l'autorité parentale (art. 373-1 C. civ.), ou pour l'une des causes énoncées à l'article 373 C. civ.

⁷ V. l'étude d'impact du projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures *op. cit.*, p. 14 : « L'administration légale est un attribut de l'autorité parentale. Cette institution permet aux parents titulaires de l'exercice de l'autorité parentale d'administrer, en représentation de leur enfant mineur, les biens de celui-ci et de bénéficier de la jouissance légale sur ces biens. »

⁸ V. art. 509 C. civ et L. 132-3 du Code des assurances prohibant les contrats d'assurance vie sur des enfants de moins de 12 ans.

cogestion parentale caractérisant l'administration « pure et simple »¹. Pour les actes les plus graves², l'ancien article 389-5 du Code civil exigeait que « les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pouvait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ». En l'absence de cette cogestion, l'acte ne pouvait être accompli par le parent exerçant seul l'administration légale qu'après autorisation du juge³. Pour les actes les moins graves, qui recouvrent généralement les actes de conservation et d'administration, car ils n'entament pas gravement ou durablement le patrimoine de l'enfant, la règle était définie par l'ancien article 389-4 du Code civil⁴. Pour l'administration « pure et simple », chacun des parents était réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir d'accomplir seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation⁵. En cas d'administration sous contrôle judiciaire, le parent trouvait ici une plus grande liberté, car le Code civil prévoyait explicitement qu'il pouvait réaliser tous ces actes seul.

290. Une fois ces règles transposées à un parent-mineur, il y a lieu de constater que son action trouve un cadre légal qui présente en théorie les garanties requises pour contrôler la gestion des biens de son enfant. Comme pour n'importe quel parent, il ne pouvait accomplir les actes les plus dangereux pour le patrimoine de son enfant. Dans les cas où le parent-mineur exerçait son autorité parentale conjointement avec un parent majeur, l'organisation de l'administration pure et simple présente la garantie de la cogestion et ses actes sont soit explicitement validés par le majeur, soit implicitement en l'absence d'opposition de sa part pour les actes usuels. L'organisation d'une administration « pure et simple » était d'autant plus rare que la mère était jeune, car l'INSEE a constaté en 2006 que plus l'âge de la mère était bas, plus élevées étaient les chances que son enfant dispose d'une seule filiation légalement établie⁶. L'administration dans ces éventualités devait être théoriquement exercée sous contrôle judiciaire, les actes de disposition devant être soumis à l'autorisation préalable d'un juge⁷. L'action de ces parents était encadrée pour limiter les risques les plus importants via le contre-pouvoir incarné par le juge. N'échappaient théoriquement à ce contrôle que les couples exclusivement composés de mineurs (hypothèse la plus rare, mais également la plus risquée) ainsi que les actes que le tuteur

¹ Nous retrouvons la crainte d'une gestion exercée par un parent seul en l'absence du contre-pouvoir que représentait l'autre parent et qui légitimait l'ouverture d'une tutelle aux biens ; v. *supra* n° 274.

² En référence aux actes de dispositions et d'administration recensés au décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des art. 452, 496 et 502 C. civ.

³ Attribuée depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 au juge aux affaires familiales du ressort duquel se situe la résidence habituelle des enfants : article L. 213-3-1 Code de l'organisation judiciaire : Le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs. Il connaît : 1° De l'émancipation ; 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ; 3° De la tutelle des pupilles de la nation.

⁴ Devenu art. 382-1 C. civ.

⁵ Cet article n'est pas sans rappeler la présomption posée à l'égard des actes usuels sur la personne de l'enfant par l'art. 372-2 C. civ.

⁶ P. Germé, L. Richet-Mastein, « Reconnaissance : une démarche de plus en plus fréquente et de plus en plus anticipée », *INSEE première*, octobre 2006, n° 1105 : « La filiation paternelle est moins souvent établie quand la mère est jeune [...] Quand la mère a moins de 20 ans, seule la moitié des enfants a une filiation paternelle. »

⁷ Sauf si l'acte de disposition en question n'a qu'une faible conséquence sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou son mode de vie, alors il sera possible de disqualifier l'acte de « disposition » conformément à l'article 2 du décret du 22 décembre 2008, *op. cit.*, ce qui permet à l'administrateur d'agir sans requérir préalablement l'autorisation du juge.

pouvait réaliser seul, mais dont les enjeux présentaient moins de risque. Le contrôle judiciaire opéré sur la gestion du parent soumis à une obligation annuelle de restitution des comptes de gestion¹, ne remettait pas en cause l'exercice unilatéral de la gouvernance sur la personne de l'enfant. Bien que contrôlé en tant qu'administrateur légal, le parent exerçant seul l'autorité parentale pouvait accomplir tous les actes sur la personne de l'enfant, quelle que soit leur gravité, sans qu'il ait à solliciter l'autorisation d'un juge². Ce cadre juridique a été considéré comme excessivement contraignant, voire stigmatisant, pour les familles monoparentales ; de plus, l'efficacité de ce contrôle judiciaire n'a pas fait ses preuves faute de moyens financiers et humains pour le concrétiser. En 2015, le législateur a décidé d'unifier les régimes d'administration légale en restaurant la confiance accordée aux parents dans leur gestion, en rapprochant son exercice de celui de l'autorité parentale sur la personne par l'abandon des renvois systématiques au fonctionnement de la tutelle. L'ordonnance de 2015 a mis fin à l'organisation de l'autorité parentale sur les biens du mineur imaginée initialement par la jurisprudence, faute d'une législation appropriée, qui avait prévalu pendant plus d'un siècle. La restauration de la confiance dans la gestion parentale bénéficie par extension aux administrations légales exercées par les parents-mineurs.

2. *Le régime adaptable encadrant l'exercice de l'administration légale*

291. Cinquante et un ans après sa création, le bilan de l'administration légale « sous contrôle judiciaire » est mitigé. En dépit d'une moindre lourdeur dans son fonctionnement en comparaison de la tutelle, ce régime difficile à mettre en place était toujours trop contraignant pour un parent isolé et considéré comme stigmatisant³. L'absence de moyen de recensement des familles susceptibles d'être soumises à ce régime empêchait le juge d'exercer pleinement son contrôle faute d'être tenu informé des naissances et des décès dans son domaine de compétences. À ce constat s'ajoutait le manque de moyens humains et financiers permettant à la justice d'assurer le suivi des familles monoparentales qui tendent à se multiplier au fil des ans⁴. En pratique, ces familles échappaient au contrôle judiciaire, « faute de connaître cette obligation ou de s'être manifestées auprès du juge des tutelles »⁵. Le patrimoine de l'enfant élevé par ces familles était géré comme en matière d'administration « pure et simple », à la

¹ En raison de la combinaison des anciens art.389-7 et 408 du C. civ ; v. Cass., civ. 1^{ère}, 13 décembre 1994, *Bull. civ.* I, n° 370 ; *Defrénois* 1995, art. 36100, p. 734, obs. J. Massip ; *RTD. civ.* 1995, p. 327, obs. Hauser ; (bien qu'en pratique les administrations « pures et simples » semblent en être dispensées au vu de la rareté des contrôles exercés par le juge, due probablement au nombre important des administrations existantes dont une majeure partie n'était pas portée à la connaissance du juge, et du volume élevé du contentieux familial au sein des tribunaux qui accaparent déjà l'essentiel de leurs moyens.).

² Cass, avis 24 mars 2014, n° 13-70010, *op. cit.*, renvoyant vers : Cass., civ. 1^{ère}, 8 novembre 1982, n° 80-12309, *op. cit.* ; Cass., civ. 1^{ère}, 13 décembre 1994, n° 93-14610 et 92-16106 ; Cass., civ. 1^{ère}, 12 octobre 1999, n° 97-17018, 3 novembre 2004, n° 03-05056, *op. cit.*

³ V. Ministère de la Justice, rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, *op. cit.*, p. 2 ; C. Taubira, 1^{ère} lecture au Sénat, séance du 23 janvier 2014 (compte rendu intégral des débats) : « Eu égard aux évolutions sociologiques, les familles monoparentales, dans lesquelles un seul parent prend soin du patrimoine de ses enfants, sont de plus en plus nombreuses. Là encore, il existe une rupture d'égalité ».

⁴ V. INSEE, « Des ménages toujours plus nombreux, toujours plus petits », *INSEE Première*, août 2017, n° 1663 ; parmi lesquels il est nécessaire de distinguer entre ceux résultant d'une séparation ou d'un décès...

⁵ La saisine du juge résulte généralement d'un parent survivant orienté par les conseils du notaire lors des opérations de liquidation de la succession du parent décédé ; v. C. Capdeville, rapport n° 1808 du 19 février 2014, sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée (n° 1729), relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *Assemblée nationale*, p. 33.

différence que le parent concluait seul tous les actes relatifs au patrimoine de l'enfant¹ y compris les plus graves sans l'autorisation du juge. L'administration sous contrôle judiciaire n'était en réalité appliquée qu'aux rares familles qui se manifestaient spontanément auprès du juge.

292. La logique de l'administration sous contrôle judiciaire était, dès l'origine, condamnée à l'échec : le parent n'avait que peu d'intérêt à s'imposer volontairement des contraintes de gestion qu'il pouvait facilement éviter par son inaction, généralement en raison de son ignorance du dispositif légal. Pour ces raisons, il n'est pas difficile d'imaginer que les mineurs accédant au statut de parent échappaient aisément à ce contrôle judiciaire² qui peinait déjà à s'appliquer aux personnes majeures. Ce contrôle aurait pu avoir une certaine utilité dans les cas de très jeunes parents pour leur fournir un cadre juridique sécurisant dans lequel exercer leurs droits³. Par ce constat, le gouvernement de l'époque a été habilité à rénover ces régimes par voie d'ordonnance pour « simplifier les règles relatives à l'administration légale [...] en réservant l'autorisation systématique du juge des tutelles aux seuls actes qui pourraient affecter de manière grave, substantielle et définitive le patrimoine du mineur ; [...] en clarifiant les règles applicables au contrôle des comptes de gestion [par l'aménagement et au changement de] toute disposition législative permettant d'opérer ces modifications »⁴. Le législateur a estimé que la crainte suscitée par les familles monoparentales dans la gestion des biens de leur enfant⁵ n'était plus justifiée, d'autant qu'elle se limitait au domaine patrimonial⁶.

293. L'ordonnance du 15 octobre 2015⁷ a unifié ces administrations au sein d'un seul et même régime⁸. Celui-ci peut être adapté en fonction des difficultés rencontrées par les parents dans leur gestion, ce qui le rend évolutif⁹. Le législateur a adapté l'administration légale à la pratique qu'en avaient les parents¹⁰. L'innovation de cette réforme réside dans le rapprochement qu'elle opère entre l'exercice de l'administration légale et l'exercice de l'autorité sur la personne de l'enfant. Si les dispositions encadrant l'ancienne administration légale « pure et simple » qui repose sur la « cogestion » des parents

¹ Exception faite de ceux qui demeurent interdits même avec l'accord des deux parents.

² D'autant plus que jusqu'en 2009 ce contrôle était exercé par le juge des tutelles du tribunal d'instance avant qu'il ne soit confié au juge aux affaires familiales qui est mieux placé pour connaître l'évolution des situations familiales.

³ Ex. : Cass., civ. 1^{re}, 17 mai 2017, n° 15-24840, *D.* 2017, p. 1190 ; *AJ. fam.* 2017, p. 406, obs. G. Raoul-Cormeil ; J. Hauser « Feue l'administration légale sous contrôle judiciaire et la suite... », *RTD. civ.* 2017, p. 610 ; arrêt qui illustre par ailleurs l'échec du mandat apparent en matière d'administration légale dans un vente de gré à gré en l'absence d'autorisation du juge.

⁴ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 « relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures » ; v. sur ce point : A. Batteur « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.* 2015, p. 2330 ; I. Maria, *Dr. fam.* 2015, comm. p. 81 ; N. Peterka, *JCP G* 2015, p. 243 ; G. Raoul-Cormeil, « Le droit des majeurs protégés, en partie rénové par la loi du 16 février 2015 » *Gaz. Pal.* 11 mars 2015, p. 6 ; B. Vareille et G. Yildirim, *RLDC* 2015, n° 127, p. 50 ; M. Bruggeman, « De quelques difficultés de lecture de la réforme de l'administration légale », *Gaz. Pal.*, éd. spéc. Droit privé du patrimoine, 13 décembre 2016, p. 83.

⁵ Crainte ayant conduit à l'adoption de la loi du 6 avril 1910 relative à l'administration légale du père, *op. cit.*

⁶ Le parent seul titulaire de l'exercice de l'autorité est en mesure de prendre toutes les décisions relatives à la personne de l'enfant quel qu'en soit la gravité ; v. *supra* en matière de Santé n° 204.

⁷ Ordonnance n° 2015-1288, 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, *JO* n° 0240 du 16 octobre 2015 p. 19304, texte n° 10 ; V. le dossier sur : « L'administration légale », *AJ. fam.* 2016, p. 361.

⁸ D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2019, n° 608, p. 533.

⁹ Pour une lecture critique de cette réforme : H. Lansiaux-Mornet, « Du juge du danger patrimonial », *AJ. fam.* 2016, p. 364.

¹⁰ Cette résignation du législateur à se plier à la réalité des pratiques familiales rappelle dans une certaine mesure les « ordres raisonnables » du roi décrit par A. De Saint-Exupéry dans son ouvrage *Le Petit Prince*, éd. Gallimard, 1996, chap. X, pp. 38-39.

sont maintenues (les parents demeurent tous deux administrateurs légaux et bénéficient toujours de la présomption d'accord sur les actes d'administration¹), les mesures encadrant la gestion des parents isolés sont abrogées. Dorénavant, que l'administration soit conjointe ou non, celle-ci s'exercera selon des règles juridiques identiques². Les actes de gestions interdits sont les mêmes pour tous les parents³, comme les actes soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles⁴. Le parent est également libéré de l'obligation de reddition de compte inspirée de la tutelle. Comme en matière extrapatrimoniale, le parent bénéficie d'une présomption de bonne gestion des intérêts du mineur, ce qui permet de déjudiciariser son action. Le parent seul dispose donc d'une plus grande liberté que les parents qui exercent conjointement leurs droits, car il échappe aux contraintes de la cogestion impliquant une surveillance de l'un sur l'action de l'autre.

294. Le parent-mineur, qu'il soit en couple ou isolé, bénéficie d'une confiance accordée par la société dans sa gestion, au même titre que n'importe quel autre parent⁵. Comme en matière personnelle, le lien particulier qui unit l'enfant à son parent, maintenu pour l'autorité, mais estompé en matière d'administration⁶ est de nouveau réaffirmé. Le parent, qu'il soit seul ou non, est le représentant « naturel »⁷ de son enfant et bénéficie à ce titre d'une certaine liberté, car ses actes sont présumés servir les intérêts de l'enfant mineur qui est à sa charge. L'unification des règles d'administration calquée sur le fonctionnement de l'autorité sur la personne permet de réaliser la simplification recherchée en favorisant une meilleure compréhension des règles de gestion par le parent, ce qui devrait favoriser leur application.

295. Cette confiance retrouvée dans la capacité de gestionnaire du parent n'est pas absolue, tout comme l'autorité n'est plus ce qu'a pu être la puissance paternelle. Tout d'abord, les tiers ont toujours la possibilité offerte par l'article 384 du Code civil⁸ de prévoir dans leurs legs ou donations une clause

¹ Article 382-1 du C. civ. Il est possible de remarquer que l'acte d'administration est toujours défini en fonction de la tutelle car l'alinéa 2 renvoie à l'article 496 C. civ., qui renvoie lui-même au décret du 22 décembre 2008.

² « Le curseur de la confiance octroyée aux parents est ainsi fixé de manière égale à tous les parents. La biparenté ne justifie plus un surcroît de confiance. » : I Maria et G. Raoul-Cormeil, « La nouvelle administration légale 1+1=1 ? », *Dr. fam.* n° 1, janvier 2016, dossier n° 4.

³ Article 387-2 C. civ., trois types d'actes sont évoqués : aliéner gratuitement les biens ou les droits du mineur ; acquérir d'un tiers un droit ou une créance contre le mineur ; exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mineur ; transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou les droits du mineur. À cela s'ajoute le rétrécissement de l'assiette de la jouissance légale par l'article 387-1 4 C. civ. en y excluant l'indemnisation d'un préjudice extrapatrimonial subi par l'enfant mineur.

⁴ Art. 387-1 C. civ.

⁵ Pour une approche contraire, v. P. Salvage-Gerest, « Minorité, administration légale », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 382 à 386, fasc. 20, avril 2016, n° 15 : « s'agissant de parents mineurs non mariés ou seuls, on peut estimer paradoxal qu'ils aient en charge la gestion des biens de leurs enfants alors qu'ils sont jugés incapables de gérer les leurs... On s'accommodait autrefois de ce paradoxe en faisant valoir que, de toute façon, l'administration était, dans ce cas, placée sous contrôle judiciaire. Il n'est plus possible aujourd'hui de raisonner ainsi. Seule l'ouverture d'une tutelle éventuellement sur le fondement de l'article 391 du Code civil est susceptible de résoudre à coup sûr la difficulté. Mais peut-être n'est-il pas indispensable d'aller trop loin dans la recherche d'une solution générale à ce problème qui, par hypothèse, n'est que très temporaire, si par hasard il se pose. »

⁶ En raison de son rapprochement avec la tutelle où la personne amenée à l'exercer peut ne pas être le parent du mineur, d'où une certaine méfiance a priori dans son action.

⁷ CA Dijon, 4 juillet 2012 *op. cit.*

⁸ Anc. art. 389-3, al. 3 C. civ.

d'exclusion de l'administration légale, sous réserve de désigner un tiers gestionnaire¹, ou encore signaler au juge des tutelles les actes ou les omissions du parent qui seraient manifestement et substantiellement contraires aux intérêts de l'enfant². L'intervention du procureur de la République et celle du juge des tutelles ne sont plus systématiques. Elle reste cantonnée aux situations les plus graves³, à savoir, les gestions manifestement défailtantes, les actes de gestion les plus graves énumérés par l'article 387-1 ou lors des conflits opposant les deux administrateurs légaux. Si ce contrôle se relâche à l'égard du parent isolé en perdant son caractère automatique, il se renforce sur les gestions conjointes qui étaient jusqu'à présent relativement épargnées, faute d'application de la législation antérieure.

296. Dans le cadre de son contrôle, le juge peut moduler l'administration légale en fonction du contexte familial et des difficultés rencontrées par le ou les administrateurs légaux⁴. La confiance est soumise à une bonne administration du patrimoine du mineur, conforme à ses intérêts. Cette confiance bénéficie à tout parent, quelle que soit sa situation personnelle, et jusqu'à preuve du contraire, y compris lorsqu'il s'agit d'un mineur. L'intervention autre fois générale du juge des tutelles est aujourd'hui circonscrite⁵. Ce n'est qu'en cas de difficultés constatées dans l'exécution de cette fonction, qu'il peut imposer un contrôle judiciaire de la gestion des administrateurs légaux⁶, et les sommer de justifier leur bonne gestion⁷. C'est le statut de parent attribué par l'effet de la filiation et le lien existant avec la dévolution de l'autorité qui conduit à voir dans le parent-mineur l'administrateur légal de son enfant. Ce lien juridique lui confère un exercice personnel des droits parentaux pour lesquels il bénéficie d'une véritable sphère de capacité juridique⁸. Cette imbrication permet d'accorder aux parent-mineurs une autonomie juridique y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'administrateurs légaux de leur enfant, en dépit de l'administration légale dont continue de faire l'objet leur patrimoine. Cette capacité parentale

¹ V. Y. Favier « La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités », *op. cit.* ; à titre d'illustration : Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n° 11-26728 : *Juris-Data* n° 2013-003729 ; *AJ. fam.* 2013, p. 239, obs. J. Massip ; *RTD. civ.* 2013, p. 346, obs. J. Hauser, et p. 421, obs. M. Grimaldi ; Cass., civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n° 11-25946, *Juris-Data* n° 2013-013140 ; *Dr. fam.* 2013, comm. p. 124, I. Maria ; *D.* 2013, p. 2073, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Deffrénois* 2013, p. 972, obs. J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n° 14-18856 et n° 14-20146 : *Juris-Data* n° 2015-013656 ; *RTD. civ.* 2015, p. 668, obs. M. Grimaldi ; Cass., civ. 1^{ère}, 17 juin 2017, n° 17-40035, *D.* 2017, p. 1303 (absence de caractère sérieux QPC sur la validité de ces clauses d'exclusion au droit au respect de la vie familiale normale).

² Art. 387-3 al. 2 C. civ.

³ Art. 387-2 et 387-3 C. civ.

⁴ V. sur la tutelle aux biens *infra* n° 591.

⁵ Le juge ayant toujours la possibilité offerte par l'article 391 C. civ. de transformer l'administration légale en tutelle.

⁶ Art. 387-3 C. civ. et s.

⁷ Aux termes de l'article 387-3 C. civ., le contrôle de la gestion de l'administrateur légal peut intervenir « à l'occasion du contrôle des actes mentionnés à l'article 387-1, le juge peut, s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale, décider qu'un acte ou une série d'actes de disposition seront soumis à son autorisation préalable. Le juge est saisi aux mêmes fins par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci ». Un notaire ou les parents d'un parent-mineur peuvent donc alerter le juge sur sa gestion des biens de son enfant.

⁸ La véritable question concernant la capacité juridique du parent-mineur est non pas de savoir s'il a la capacité d'agir en tant qu'administrateur légal mais si les actes réalisés par lui sont susceptibles de faire l'objet d'une rescision ou demeurent pleinement valables en raison de son statut de parent (v. *supra* nos 196 s. et 215 s. ainsi qu'*infra* n°323).

n'est pas sans incidence sur leur capacité personnelle et conduit à envisager différemment leur statut de mineur.

§ 2 : L'influence de la capacité parentale sur la capacité personnelle du parent-mineur

297. Comme en matière d'autorité, les difficultés relatives aux parents-mineurs résultent une nouvelle fois de la survivance de leur statut de mineur et du maintien de la protection juridique qui s'y rattache. Cette situation implique de s'intéresser à l'exercice de l'administration légale sur le parent-mineur par ses parents. Ce n'est qu'en appréhendant cette gestion qu'il sera possible de comprendre le fonctionnement de l'administration légale dans son ensemble qui, comme en matière d'autorité, est amenée à évoluer lorsqu'elle s'applique à un parent-mineur. Bien qu'il continue de bénéficier, en tant que mineur, d'une incapacité générale d'exercice nécessitant l'intervention de ses parents (A), l'objectif de cette représentation n'est pas tant d'empêcher toute action personnelle du mineur, que de lui permettre d'agir sans qu'il soit lésé par son action. La portée réelle de l'incapacité personnelle des mineurs dépend de sa situation juridique. Ce constat permet d'adapter sa protection à ses besoins réels de protection (B).

A- Le maintien de l'incapacité juridique du parent-mineur

298. En l'absence d'émancipation ¹, la situation personnelle du parent-mineur demeure juridiquement inchangée. Il est toujours sous l'administration légale de ses parents qui sont amenés à gérer son patrimoine et à le représenter dans les actes nécessaires à cette gestion (1). Bien que soumis à la représentation légale de ses parents, l'incapacité générale du parent-mineur est tempérée dans ses conséquences juridiques en raison de l'évolution de son statut dû à sa nouvelle filiation. L'absence de représentation du mineur lors de la conclusion d'un acte juridique ne conduit pas obligatoirement à la nullité, notamment lorsqu'il s'agit d'un acte de nature usuel mais, ce qui est non usuel pour un mineur ne l'est pas nécessairement pour un parent-mineur (2).

1. La gestion du patrimoine du parent-mineur

299. Faute de mettre fin de plein droit à l'autorité des parents sur le parent-mineur, ses parents continuent, conformément à l'article 388-1-1 du Code civil, à le représenter dans tous les actes de la vie civile en tant que représentants légaux, qu'il s'agisse d'acte de nature patrimoniale ou extrapatrimoniale. La question de la représentation ne se cantonne donc pas à la gestion des intérêts patrimoniaux du mineur. La représentation légale est transversale à l'autorité parentale, au même titre que l'autorité dont

¹ Légale par le mariage ou judiciaire v. *infra* nos 676 s.

elle n'est que l'attribut¹. Les enjeux patrimoniaux se prêtent, plus facilement à l'intervention de la représentation légale. Ce constat est dû au fait que la décision à l'origine de l'acte envisagé revêt une importance et une visibilité juridique moindres que celle accordée à la validité de l'acte en lui-même, probablement provoqué par l'éloignement des enjeux purement personnels et des libertés fondamentales². Le parent n'est plus désigné en ce domaine comme le titulaire de l'autorité sur l'enfant, mais comme son administrateur ou son représentant légal. L'idée qui transparaît dans ce changement de terminologie, est que le parent n'exercerait plus son autorité parentale mais les droits du mineur qu'il représente. Comme en matière extrapatrimoniale, il convient de ne pas confondre le droit avec son objet. La capacité de représentation reconnue au parent est en elle-même un droit attribué à ce dernier en raison de sa filiation et s'exerce en vertu de son autorité, quand bien même son objet porte sur les biens et les droits dont le mineur qu'il représente est personnellement titulaire. Les logiques juridiques qui animent l'administration légale et la représentation légale sont similaires à celles exposées précédemment en matière extrapatrimoniale³. L'autorité, bien que plus discrète, est à l'origine des décisions nécessaires à la réalisation des actes juridiques. « On conçoit que le représenté anime directement l'effet des actes juridiques passés pour son compte lorsqu'il est capable, donc à même de donner des instructions et des ordres, comme d'en contrôler l'exécution. On le conçoit beaucoup moins d'un incapable, tel l'enfant ou le fou. Par la force des choses, l'intervention du représentant est alors indépendante du représenté »⁴. Le parent n'est donc pas qu'un simple « messenger » de son enfant mineur. Si « le représentant doit certes agir de manière prudente, diligente et avisée [...] cette notion se nourrit doublement de "ce qu'aurait fait l'incapable s'il avait été capable", et de ce qu'"il faut faire pour l'intérêt bien compris de l'incapable". Pour le mineur, la première citée de ces deux sources d'inspiration du tuteur est presque inexistante ; pour le majeur, elle peut devenir prépondérante »⁵. C'est la minorité qui empêche le protecteur d'agir comme si son protégé avait été capable, car elle ne le lui permet pas d'inspirer son action sur l'histoire de la personne protégée, l'enfant n'ayant pas encore suffisamment vécu. Ce constat explique que même en matière de représentation légale dans le domaine patrimonial, l'autorité conserve une place importante, car le parent est son propre modèle de référence.

¹ Ce qui justifie que l'article 388-1-1 soit dans le chapitre du Code civil consacré à la minorité et non uniquement à celui consacré à la gestion patrimoniale. Ce constat explique aussi les hésitations de la doctrine sur le caractère transversal de l'article 371-1 malgré son classement dans le chapitre consacré à la personne de l'enfant. Ce qui pose la question d'un meilleur classement des articles dans le Code civil, par une réflexion sur la construction d'un chapitre général traitant à la fois de l'autorité et de la représentation, ainsi que de la suppression du chapitre sur la minorité qui se veut général, mais qui ferme la marche des dispositions sur l'autorité parentale.

² T. Fossier, N. Peterka, « Gestion du patrimoine des personnes en tutelle », *op. cit.*, n° 3.

³ V. *supra* nos 198 s.

⁴ J. Carbonnier, *Les personnes, Droit civil*, t. 1, éd. PUF, coll. Thémis droit privé, 23^{ème} éd., 2000, n° 158.

⁵ T. Fossier, N. Peterka, *op. cit.*, n° 9 ; C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est possible d'écarter toute référence à l'autorité en matière de protection des majeurs, car en théorie celui-ci a vécu suffisamment pour orienter les choix de son protecteur. Cependant, ce raisonnement risque de trouver une limite dans les cas où la personne n'a jamais été en mesure de prendre ses propres décisions. Comme l'hypothèse d'un enfant né avec un grave handicap et qui passe sans transition de l'autorité parentale à la tutelle. Dès lors cette tutelle n'est-elle pas la continuité de l'autorité parentale ? le modèle de référence des décisions étant celle du parent qui est devenu le tuteur de l'enfant... Ex. : article 429 al. 2 C. civ. ; v. aussi : J. Hauser « Quand on est majeur, on n'est plus mineur ! » *RTD. civ.* 2015, p. 351.

C'est de cette autorité et non de la représentation légale que découle le pouvoir attribué aux père et mère d'imposer leurs décisions à leur enfant mineur dans tous les aspects de leur vie civile¹.

300. Ce lien inextricable fait de la représentation l'attribut de l'autorité qui permet d'expliquer la coexistence de ces deux gestions, caractéristique de la situation juridique des parents-mineurs. La première exercée par les parents sur le parent-mineur et la seconde par le parent-mineur sur son enfant. Chacun des représentants légaux, tant qu'ils exercent l'autorité, ont vocation à décider, administrer et représenter leur enfant respectif, sans qu'une administration puisse se substituer à l'autre ou la supprimer. Cette délimitation des droits des parents à leur enfant respectif résulte du caractère éminemment personnel marquant l'autorité parentale dans tous ses attributs. Le parent-mineur bénéficie dans sa gestion d'une présomption légale de capacité juridique rattachée à son statut de parent, il n'a pas à être représenté dans cette fonction par ses parents². Ce raisonnement s'étend également à la jouissance légale qui est l'attribut de l'administration légale, chacun des parents dispose d'un quasi-usufruit sur les biens de leur enfant respectif sans que cette jouissance puisse se substituer à l'autre ou la supprimer. L'hypothèse d'un parent-mineur dont les biens seraient encore sous la jouissance légale de ses parents devrait se produire qu'exceptionnellement, car ce droit prend fin de plein droit aux 16 ans de l'enfant. Dans une majorité des cas les parents du parent-mineur ne disposent plus de ce quasi-usufruit sur son patrimoine.

301. Cette coexistence des administrations légales, avec d'une part celle exercée par le parent-mineur sur les biens de son enfant et d'autre part celle exercée par ses parents sur ses biens, est la preuve que l'autorité marque indéniablement la gestion des biens des mineurs. L'expression de la volonté de l'enfant ne conditionne pas l'action de ses parents qui peuvent lui imposer des actes juridiques qu'il n'a pas souhaités³. Le mineur ne dispose d'aucun moyen juridique susceptible de contraindre son parent à agir ou à renoncer à son action. L'article 387-3 du Code civil⁴ renforce ce sentiment par l'instauration d'une procédure qui permet de saisir le juge des tutelles des mineurs⁵ en cas d'actes ou d'omissions du représentant légal « qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à celui-ci ». Cette procédure n'est ouverte qu'aux parents eux-mêmes, au ministère public ou à tout tiers, le mineur objet de la protection n'étant pas envisagé. Seule l'action de l'article 386 du Code civil lui est ouverte une fois devenu majeur,

¹ V. A. Gouttenoire, « Représentation et administration légale », *op. cit.*, « Négation de la volonté de l'enfant » n° 237-16 ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit du mineur*, *op. cit.*, pp. 654 et 655, nos 1091 et 1092 ; A. Seriaux, « "Tes père et mère honorera". Réflexion sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *op. cit.*

² A. Gouttenoire, « Représentation légale du mineur », in *Dr. fam.*, *op. cit.*, n° 237. 12 : « La représentation légale signifie au premier abord que son titulaire est celui que la loi désigne pour agir, ou ne pas agir, pour le compte du mineur et en engageant ce mineur : c'est la consécration publique d'un lien de dépendance entre un individu et un autre. »

³ *Ibid.*, n° 237. 17.

⁴ Créé par l'ordonnance du 15 octobre 2015, n° 2015-1288 ; Procédure qui rappelle fortement ce qui existe déjà en matière extrapatrimoniale par les dispositifs de protection de l'enfance avec le signalement judiciaire au parquet ou l'information préoccupante ; v. sur le signalement judiciaire dans le cadre de la protection de l'enfance : *infra* n° 424.

⁵ Fonctions exercées depuis le 1^{er} janvier 2010 par le juge aux affaires familiales, v. art. L. 213-3-1 COJ.

elle lui permet de rechercher la responsabilité de l'administrateur en démontrant qu'il n'a pas apporté des soins suffisamment prudents, diligents et avisés à son patrimoine, ou qu'il a agi dans un intérêt autre que celui de son protégé. Encore faut-il que le mineur dispose d'un patrimoine susceptible d'être détourné par son parent. Contrairement aux autres mineurs du même âge, les parents-mineurs sont contraints de trouver des ressources financières pour élever et éduquer leur enfant. Il existe quatre sources susceptibles de fournir ces « revenus » en dehors des moyens alloués par leurs parents : les allocations attribuées par l'État providence, les donations et successions, la contractualisation d'un prêt et enfin le salaire lié à une activité professionnelle.

302. Le parent-mineur, par son statut de parent, peut bénéficier des aides sociales de nature financière offerte par l'État pour soutenir les parents dans leur fonction et lutter contre leur précarité¹. Ces financements sont attribués aux parents-mineurs et relèvent théoriquement de la gestion de leurs parents. Cette situation n'a pas été envisagée par le législateur, il n'existe donc pas d'exception spécifique permettant de faire échapper ces sommes à l'administration légale. Il convient d'observer qu'il s'agit de ressources affectées aux besoins de l'enfant. Elles ont vocation à revenir au parent qui bénéficie d'une présomption de charge. Dans le cas des parents-mineurs, cette présomption devrait suffire pour les faire échapper à l'administration légale de leurs parents. Seules deux éventualités permettent de contourner l'attribution des allocations familiales auxquelles l'enfant ouvre droit et leur gestion par le parent-mineur. La première est la situation où les parents chez qui l'enfant réside demandent et obtiennent l'attribution de ces ressources au détriment du parent-mineur². La seconde est l'hypothèse où ces sommes font l'objet d'une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial de l'article 375-9-1 du Code civil, ou d'une mesure d'accompagnement en économie sociale et familiale³. Ces mesures impliquent soit l'intervention du juge des enfants, soit celle du département, toutes deux sont conditionnées à une utilisation contraire des sommes à leur affectation (au logement, à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants ainsi que de l'insuffisance de l'aide à domicile visant à accompagner le parent dans sa gestion budgétaire⁴). En dehors de ces éventualités, l'aide apportée par l'État relève de la seule administration du parent-mineur, car elle est affectée à ses besoins en tant que parent ou à ceux de son enfant.

¹ Plus particulièrement par le revenu de solidarité active (L. 262-1 CASF), qui est ouvert au bénéfice des parents isolés qui assument la charge d'un ou plusieurs enfants nés ou à naître (L. 262-4 CASF).

² V. *supra* n°s 162 s.

³ Ces mesures sont le pendant administratif des mesures judiciaires d'aide à la gestion du budget familiale. Art. L 222-3 CASF ; v. *infra* n°s 484 s.

⁴ Art. L. 222-3 CASF.

303. La seconde source provient d'une libéralité ou d'un héritage dont les parents-mineurs ou leur enfant seraient les uniques bénéficiaires. En raison de l'allongement de la durée de vie, les parents-mineurs peuvent être amenés à coexister avec deux autres générations de parents¹ : leurs parents (grands-parents de leur enfant) et leurs grands-parents (arrière-grands-parents de leur enfant). Les libéralités accordées au parent-mineur par ses grands-parents, ou à son enfant, n'échappent pas par nature aux gestions assurées par leurs administrateurs respectifs. Bien que le parent-mineur soit le bénéficiaire désigné, ces sommes seront administrées par ses parents. Si c'est l'enfant du parent-mineur qui est désigné, l'administration de ces sommes incombera au parent-mineur en tant qu'administrateur légal du patrimoine de son enfant. L'article 384 du Code civil prévoit la possibilité de déroger à ces règles par une clause d'exclusion d'administration légale². Par cette clause le donataire ou le *de cuius* peut, s'il le désire, désigner un tiers qu'il estime davantage digne de confiance que les parents pour administrer les biens concernés durant la minorité du bénéficiaire. Dans le cas où le tiers refuse cette mission ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396 du Code civil³, la gestion sera attribuée à un administrateur *ad hoc* désigné par le juge des tutelles.

304. Concernant l'éventualité d'un financement via l'emprunt, cette solution présente des inconvénients en raison de la gravité des conséquences qu'un tel acte pourrait produire sur l'avenir du parent comme pour son enfant, en raison du risque lié à l'endettement. Cette solution conduit à grever le patrimoine du parent d'un passif qui, par nature, a vocation à s'étaler dans le temps, engageant son avenir. L'emprunt figure explicitement dans la liste de l'article 387-1 du Code civil, qui conditionne sa conclusion à l'autorisation préalable du juge des tutelles lorsqu'il est pris au nom du mineur par son administrateur. Ses parents ont la possibilité de contracter l'emprunt en leur propre nom et attribuer les sommes au parent-mineur pour l'entretien et l'éducation de son enfant. L'autorisation du juge n'est plus obligatoire, car la dette ne s'attache plus au patrimoine du parent-mineur mais à celui de ses parents. Au vu de la gravité de l'emprunt, le législateur a prévu des sanctions spécifiques envers des tiers qui accepteraient de conclure cette obligation sans en respecter le formalisme. L'article 113 de la loi du 29 juillet 1998⁴ prévoit que « l'établissement financier qui offre ou consent un prêt ou un crédit personnalisé à un mineur sans l'autorisation du juge des tutelles ou, s'agissant des actes de la vie courante, du représentant légal est redevable d'une amende fiscale d'un montant égal au quintuple du montant de la créance figurant au contrat ». Cette sanction est suffisamment dissuasive pour inciter les établissements à faire preuve de prudence dès qu'ils sont amenés à traiter avec un mineur et les incitent

¹ V. éventuellement quatre générations, avec les arrière-grands-parents du parent-mineur. Hypothèse qui peut être rencontrée dès lors que chacune des générations successives de parent accède au statut de parent aux environs de vingt ans. Les arrière-grands-parents du parent-mineur seraient alors âgés d'environ 80 ans.

² Une clause identique est possible afin d'exclure les biens légués ou donnés de la jouissance légale des père et mère par l'art. 386-4 al. 3 C. civ.

³ Ce qui signifie que si le parent-mineur en est le bénéficiaire, celui-ci ne peut gérer lui-même les biens donnés ou légués. Si le mineur est effectivement le père ou la mère d'un enfant, il ne peut être son propre père ou sa propre mère, dès lors il ne peut remplir les conditions de l'article 395 C. civ., permettant de le désigner directement administrateur, à moins d'être émancipé.

⁴ Loi n° 98-657, 29 juillet 1998, d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JO 31 juillet 1998 ; D. 1998, p. 302.

à refuser systématiquement les demandes qui ne présenteraient pas les garanties légales. Se pose la question d'un emprunt souhaité par le parent-mineur pour son compte. Au vu de la précarité de sa situation, de sa dépendance à ses parents et des sanctions encourues par l'établissement bancaire, qui ne devrait pas lui donner de suite favorable.

305. Enfin, il convient d'envisager les revenus liés à l'activité professionnelle récurrente ou ponctuelle du parent-mineur comme l'autorisent les articles L. 4153-1 et L. 4153-4 du Code du Travail¹. Si ces revenus sont explicitement écartés de la jouissance légale de ses parents, ils relèvent de leur administration². Les parents du parent-mineur sont dans l'obligation de recevoir ses salaires en son nom, ce qui exclut la libération de l'employeur par le versement des sommes directement entre les mains de son employé, sauf à considérer qu'il existe un mandat tacite entre le mineur et ses administrateurs légaux pour percevoir à titre personnel ces sommes. Le droit français maintient les règles de l'administration légale contrairement à certains pays tels que l'Espagne qui font sortir ces revenus de la gestion du parent dès qu'ils ont consenti à ce que l'enfant ait une vie indépendante de la leur. Cette notion de « vie indépendante » correspond à une « émancipation de fait » inconnue, en l'état, de notre législation³. Quand bien même le parent-mineur aurait une activité, il ne pourrait disposer librement de ces sommes⁴.

306. Seules les aides attribuées au parent-mineur par l'État ou les libéralités faites directement à son enfant ou comportant une clause d'exclusion, échappent à l'administration légale à laquelle demeure soumis le parent-mineur, cela en dépit des facilités offertes par les banques aux mineurs pour la création de comptes bancaires⁵. En conclusion, si la gestion des parents du mineur englobe à quelques exceptions près l'ensemble de son patrimoine, la véritable étendue de l'administration légale surgit de l'usage qui en est fait et plus précisément de la validité des actes juridiques conclus personnellement par un mineur capable de discernement⁶.

¹ Auquel s'ajoute les situations particulières de mineurs exerçant une activité dans les domaines du spectacle, la mode et la publicité, ou qui exercent une activité artistique, littéraire ou sportive.

² V. Y. Favier « La nécessaire protection des revenus du travail de l'enfant », *AJ. fam.*, 2006, p. 147 ; P.-Y. Verkindt, « La pré majorité et le droit du travail », in *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant, La doc. fr.*, 1993, n° 112.

³ V. art. 319 et 164 al. 5 C. civ. esp. ; Y. Favier, *Le patrimoine de l'enfant en droit français et en droit espagnol*, thèse Lyon 3, 2000, nos 144 s.

⁴ « Si l'on admet l'existence d'un usage qui permet à l'enfant de gérer seul une partie de ses biens et revenus, il faut parler moins de capacité de fait que de gestion déléguée » : Y. Favier, « La nécessaire protection des revenus du travail de l'enfant », *op. cit.*

⁵ « L'article L. 221-4 du Code monétaire et financier permet au mineur, à partir de l'âge de douze ans, de se faire ouvrir seul un " livret A " et de procéder à des dépôts. Il peut opérer des retraits sur ce compte à partir de l'âge de seize ans, en l'absence d'opposition de son administrateur légal. Ce dernier peut confier le livret au mineur qui est alors libre de procéder à des retraits sans l'avertir. S'il ne le fait pas, le mineur doit, pour effectuer un retrait procéder à une déclaration à la caisse ; celle-ci est notifiée aux parents de l'enfant qui disposent d'un délai d'un mois pour faire opposition au retrait. Le même régime est appliqué au "livret jeune" créé par la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier », A. Gouttenoire, « Représentation légale du mineur », in *Dr. fam., op. cit.*, n° 237. 26.

⁶ La sanction juridique des actes effectués par un mineur non discernant, si tant est que cela soit possible, est la nullité absolue faute ou l'inexistence de l'acte, faute de consentement ; v. P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, p. 628, n° 1044.

2. La portée de l'incapacité générale du parent-mineur

307. Aux termes de l'article 1146 du Code civil, les mineurs non émancipés sont soumis à une incapacité juridique générale dont le palliatif est la représentation légale. C'est la combinaison entre représentation et autorité, qui donne « cette dimension de "légitimité supérieure" »¹ à l'administration légale du parent. Cette légitimité ne se retrouve dans aucune autre représentation à un tel degré d'intensité. Le doyen Carbonnier la qualifiait de « représentation imparfaite »², pour exprimer la réunion sur les mêmes représentants de l'aptitude à décider et la capacité d'agir selon leur propre volonté indépendamment de celle du représenté. Cette combinaison laisserait supposer que « le mineur est absent de sa vie juridique »³. Cette affirmation est déconnectée de la pratique, car elle ne reflète pas l'étendue réelle de l'administration légale comme elle ne reflétait déjà pas l'étendue exacte de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Si les parents disposent d'une légitimité générale pour agir au nom de leur enfant mineur, cela ne signifie pas que le mineur est condamné à être le témoin passif de l'action de ses parents. Plus le mineur se rapproche de sa pleine capacité civile, plus il peut être amené à agir personnellement sans passer par l'intermédiaire de la représentation de son parent.

308. Il convient dans ce cas d'appréhender les conséquences juridiques réservées aux actes accomplis personnellement par les mineurs sans l'intervention de leur représentant, car elles permettent de nuancer le caractère général de l'incapacité résultant de la minorité qui se veut avant tout une protection. Contrairement à l'action de l'administrateur légal qui est clairement encadrée par la loi avec des listes d'actes impliquant l'intervention du juge des tutelles⁴, l'action du mineur est plus difficile à délimiter en raison des termes utilisés par le législateur et dont l'imprécision peut être source d'insécurité juridique⁵. L'incapacité des mineurs est une incapacité de protection, la Cour de cassation dans un arrêt de 1844 considérait déjà que « [...] la qualité de mineur ne suffit pas pour faire annuler sans distinction toutes les conventions dans lesquelles le tuteur n'est pas intervenu ; la loi a voulu seulement, non pas que le mineur ne pût jamais contracter, mais qu'il ne fût jamais lésé ; par suite, les actes à l'égard desquels aucune forme spéciale n'est prescrite ne peuvent être attaqués pour cause d'incapacité mais seulement pour lésion »⁶. L'intervention du représentant légal offre une double garantie à l'acte juridique. La première est à destination du mineur car l'acte conclu par son représentant est présumé conforme à ses intérêts. La seconde est à destination du tiers contractant, la validité de l'acte ne pourra être remise en question qu'en respectant les dispositions de droit commun et non les dispositions favorables au mineur.

¹ A Gouttenoire, « Représentation et administration légale », in *Dr. fam., op. cit.*, n° 237. 12.

² J. Carbonnier, *Les personnes*, t. 1, éd. PUF, Thémis Droit civil, 23^{ème} éd., 2000, n° 158 : « On conçoit que le représenté anime directement l'effet des actes juridiques passés pour son compte lorsqu'il est capable, donc à même de donner des instructions et des ordres, comme d'en contrôler l'exécution. On le conçoit beaucoup moins d'un incapable, tel l'enfant ou le fou. Par la force des choses, l'intervention du représentant est alors indépendante du représenté. Ce ne peut plus être le mécanisme de la représentation parfaite ».

³ A Gouttenoire, *loc. cit.*, n° 237. 16.

⁴ Art. 387-1 et s. C. civ.

⁵ N. Dissaux « Contrat-formation », in *Rep. civ.*, Dalloz, avril 2017, (actualisation avril 2019), n° 114.

⁶ Cass., civ., 18 juin 1844, *Jur. gén.*, v. obligations, n° 365.

Faute d'intervention du représentant légal, ces deux garanties tombent et c'est au tiers qui a accepté de contracter avec un mineur sans représentation d'en assumer la majeure partie des conséquences juridiques défavorables.

309. Traditionnellement, l'acte réalisé par un mineur sans l'intervention de son administrateur légal est susceptible d'être soumis à deux sanctions qui se déduisent de la combinaison des articles 388-1-1¹, 1146² et suivants du Code civil. Ces actes encourent soit une rescision pour lésion, soit une nullité de plein droit pour vice de forme. En raison de sa vocation protectrice, la minorité est une cause de « nullité relative »³. Le tiers qui contracte directement avec un mineur ne peut s'en servir pour se libérer unilatéralement de l'acte conclu personnellement avec ce mineur. Seul le représentant ou le mineur devenu majeur⁴ peut se prévaloir de l'incapacité résultant de sa minorité. De plus, lorsque l'acte n'est pas rescindable faute de lésion constatée, l'incapacité ne permet pas à elle seule de faire tomber l'acte visé, même en l'absence de représentant lors de sa conclusion. Il demeurera juridiquement valable, car ni l'administrateur légal ni le mineur devenu adulte ne pourront s'en libérer sans l'exécuter. Il convient de déterminer les sphères respectives de ces deux sanctions, qui délimitent le domaine réservé à la représentation légale en matière patrimoniale, chaque fois que l'acte passé encourt la nullité. Lorsque l'acte ne risque que la rescision, le mineur dispose d'une autonomie conditionnée à sa bonne gestion ainsi qu'à l'audace de son cocontractant⁵. De ce fait, « l'incapacité du mineur n'est pas celle de contracter mais simplement celle de se léser »⁶.

310. Pendant longtemps la doctrine majoritaire a fondé les critères de distinction en fonction des actes pouvant faire l'objet d'une nullité et ceux susceptibles d'être rescindés sur les attributions de l'administrateur légal. Ces attributions étaient elles-mêmes basées sur celles du tuteur. Lorsque l'acte effectué par le mineur seul était soumis à un formalisme particulier pour le tuteur, telle que l'intervention du conseil de famille ou du juge, l'absence de cette formalité permettait d'obtenir l'annulation de plein droit sans avoir à prouver l'existence d'une quelconque lésion. Les actes susceptibles d'encourir la nullité n'étaient autres que les actes les plus dangereux composés pour la plupart d'actes de disposition. Seuls les actes les moins périlleux étaient rescindables, ce qui correspondait aux actes d'administration et de conservation⁷. Cette classification renvoyait à la division traditionnelle organisant l'action du parent agissant en tant qu'administrateur. À compter de la loi du

¹ Issu de l'article 5 de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, ancien article 389-3 C. civ.

² Issu de l'article 2 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

³ Art. 1147 C. civ. ; l'objectif étant de protéger un intérêt privé que ce soit le mineur ou son cocontractant. Cette solution est constante, v. Cass., civ. 1^{ère}, 10 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 132.

⁴ Sauf si le cocontractant mineur une fois devenu majeur et capable a confirmé l'acte. Art. 1151 al. 2 C. civ.

⁵ Rappelons que les parents ne sont pas personnellement engagés par les actes conclus par leur enfants (Cass., civ. 1^{ère}, 21 juin 1977, n° 75-11 152, *Bull. civ. I*, n° 285). En l'absence de solidarité contractuelle, en cas d'inexécution du mineur, le créancier ne pourra se retourner vers le parent.

⁶ P. Conte, J.-C. Montanier « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », in *JCP Notariale et Immobilière*, n° 44, 101136 ; conformément à l'adage *Minor restititur non tanquam minor sed tanquam laesus*.

⁷ Ex. : A. Colin et H. Capitan, *op. cit.*, pp.655 et s, n° 841.

14 décembre 1964¹, cette classification fondée sur la gravité des actes a été régulièrement remise en question en raison de la formulation de l'article 389-3, devenu depuis 2016 l'article 388-1-1 du Code civil. Le législateur fait référence à la notion d'acte usuel, aussi qualifié par la doctrine « d'acte de la vie courante ». Pour une partie de la doctrine, cette référence a vocation à transcender la classification entre actes de conservation, d'administration ou de disposition². Si « L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile »³, ce n'est qu'à condition que la loi ou l'usage ne l'autorise pas à agir par lui-même. Ces commentateurs s'appuyaient sur les pratiques judiciaires qui ne fondaient plus leurs solutions sur la gravité de l'acte, mais selon son caractère usuel ou non usuel. Cette classification des actes patrimoniaux rejoint, dans leur appellation, celle organisant les actes de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, à la différence que l'acte usuel relève toujours dans le domaine personnel de la compétence exclusive du parent⁴. En matière patrimoniale, seuls les actes considérés comme non usuels sont susceptibles d'encourir la nullité alors que les actes usuels ne peuvent qu'être rescindables. D'autres courants doctrinaux maintiennent au contraire un raisonnement fondé sur les compétences de l'administrateur légal en considérant que l'acte usuel n'est autre qu'un acte conservatoire ou d'administration⁵, certains prévoient même que l'acte usuel serait une quatrième catégorie pour laquelle le mineur serait pleinement autonome et qui échapperait à la sanction de la rescision⁶.

311. Dans un arrêt rendu le 9 mai 1972⁷ concernant l'achat d'une voiture d'occasion par un mineur, la Cour de cassation a estimé que « s'il résulte des dispositions des articles 389-3⁸ et 408 du Code civil que le mineur peut passer seul des actes de la vie courante, autorisés par la loi ou l'usage, il ne saurait être ainsi des actes tels que l'achat d'une voiture automobile, qui entraîne des risques particuliers, et pour lesquels l'administrateur légal représente le mineur conformément à la loi ». Malgré la référence à la notion de risque, c'est bien sur le fondement d'une classification duale reposant sur la distinction entre leur caractère usuel et non usuel qui a conduit la Cour à substituer son raisonnement à celui des

¹ Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation.

² V. A. Demery, « La sanction des actes passés par le mineur non émancipé : bilan et perspective », *Gaz. Pal.* 2009, n° 8, p. 4 ; A. Gouttenoire, « La capacité usuelle du mineur », in *Mél. Hauser, Lexis-Nexis/Dalloz*, 2012, p. 163 ; T. Fossier G. Raoul-Cormeil « Gestion du patrimoine des mineurs » in *J.-Cl. civ. Code*, Synthèse 190, mai 2019, n° 20 ; P. Conte, J.-C. Montanier « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé » *op. cit.*, n° 18 : « Une chose est, en effet, de définir les pouvoirs du représentant légal de l'enfant, adulte avisé et capable, une autre chose est d'opérer une discrimination des actes que l'enfant peu avisé et incapable peut accomplir : on compare, on juxtapose deux mondes différents »

³ Art 388-1-1 C. civ.

⁴ J. Hauser « Actes courants et actes usuels : l'argent et les voyages », *RTD. civ.*, 1999, p. 360 : « L'autorisation de passer seul les actes usuels concernent aussi bien le mineur qui voudrait éprouver sa capacité naturelle (art. 389-3 al. 1 et 450 al. 1 C. civ.) que les tiers qui traiteraient avec un de ses parents agissant seul pour un acte concernant la personne de l'enfant en présumant l'accord de l'autre (art. 372-2 C. civ.). Dans les deux cas c'est sur l'usage que repose cette autorisation ce qui ne simplifie pas la définition. » ; sous une même appellation peuvent coexister deux réalités différentes selon que l'on se trouve dans le domaine patrimonial ou extrapatrimonial, ce qui risque d'être source de confusion.

⁵ C. Neirinck « Enfance », *op. cit.*, n° 720 ; I. Maria, « De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées. Approche critique du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 », *Dr. fam.*, 2009, étude 31.

⁶ J. Carbonnier, *op. cit.*, pp.112 et s.

⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 9 mai 1972, n° 71-10.361, *Bull. civ.* 1972, I, n° 122, p. 110 ; *Gaz. Pal.*, 1972, 2, p. 871.

⁸ Devenu art. 388-1-1 C. civ.

juges du fond. Pour prononcer la nullité, les juges du fond se référaient aux attributions du représentant légal en matière d'acte de disposition. Cette répartition entre acte usuel et non usuel semble être validée par le législateur à travers les différentes réformes intervenues en 2015 et 2016. Ces réformes ont modifié respectivement les modalités d'exercice de l'administration légale et les règles organisant le régime général des obligations. L'ordonnance du 15 octobre 2015¹ a mis fin aux liens établis entre le fonctionnement de l'administration légale et celui de la tutelle, si bien que depuis cette réforme, l'action de l'administrateur n'est plus organisée sur le triptyque des actes de disposition, d'administration et de conservation². L'administrateur légal voit sa compétence devenir générale à l'exclusion de certains actes limitativement désignés par la loi. Cette impression est renforcée par l'ordonnance de 2016 réformant le droit des obligations³ qui a opéré une codification à droit constant du régime général des contrats⁴. Dans une sous-section 2 intitulée « La capacité et la représentation » le Code civil comprend dorénavant un article 1148 qui a vocation à s'appliquer à toutes les situations d'incapacité et selon lequel : « toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales. »⁵. L'article suivant s'applique spécifiquement aux mineurs et prévoit dans son premier alinéa que « les actes courants⁶ accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. La nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible ». La loi a codifié l'évolution de la jurisprudence en matière de capacité et consacre une séparation fondée sur les actes non usuels susceptibles de faire de plein droit l'objet d'une nullité relative et de l'autre les actes usuels dont la validité ne peut être remise en question sauf à démontrer leur caractère léonin. Cette conception permet d'offrir au mineur une capacité personnelle évolutive susceptible de prendre en considération sa situation personnelle résultant de son statut de parent.

¹ Ordonnance n° 2015-1288, 15 octobre 2015, *op. cit.*, art. 3.

² À l'exception de la présomption d'accord du second parent de l'article 382-1 qui se réfère toujours à l'acte d'administration et nécessite de se référer au Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil, qui demeure le dernier vestige du lien entre le fonctionnement de la tutelle et de l'administration légale.

³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016.

⁴ F. Chénéde « La réforme du droit des contrats », *AJ. fam.*, 2016, p. 129

⁵ C'est en raison de son caractère général que sa rédaction diffère grandement des textes propres aux mineurs et par la référence aux « conditions normales » dont la portée est manifestement plus large que la lésion. La notion de normalité devra nécessairement être définie par la jurisprudence dans les années à venir ; v. N. Dissaux « Contrat-formation », *op. cit.*

⁶ Notons que le législateur ne semble pas lui-même s'être clairement arrêté sur l'appellation juridique de ces actes qui peut varier selon les livres du Code civil, tantôt désigné comme « usuel » dans le livre premier, tantôt de « courant » comme ici dans le livre troisième. A cela s'ajoute l'appellation doctrinale intermédiaire : « d'actes de la vie courante » et adoptée dans certaines décisions par la jurisprudence ; v. Cass., civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, n° 97-13248.

B- La sphère de capacité personnelle du parent-mineur en matière patrimoniale

312. Si l'acte usuel offre au mineur une capacité personnelle concurrente à celle de ses père et mère dans les limites de la lésion, encore faut-il pouvoir définir les contours de cette catégorie en tentant de délimiter la notion d'acte « usuel » (1). Le caractère usuel de l'acte traduit une règle générale de l'incapacité qui permet à tout mineur d'agir chaque fois que son action relève d'une bonne administration (2).

1. L'étendue de l'acte usuel

313. Envisager la minorité sous l'angle de la parenté conduit à aborder les questions de la capacité juridique sous un jour différent. Comment ne pas prendre en compte l'impact du statut de parent sur la capacité personnelle des parents-mineurs, sauf à considérer qu'il revient à la personne protégée de s'adapter à sa protection. Il ressort que depuis la loi du 14 décembre 1964¹, c'est à la protection de s'adapter aux besoins de la personne qui en bénéficie. Cette adaptation passe pour les mineurs par une capacité concurrente à celle de leur administrateur légal concernant les actes « usuels ». Le législateur ne fait que rappeler à ce sujet que « la protection du mineur a pour but d'assurer la conquête de sa majorité, pour l'aider à devenir adulte »². De ce fait, il n'est plus possible de voir dans l'incapacité juridique un carcan voué à l'éloigner de toute interaction juridique jusqu'à ses dix-huit ans révolus en le dissimulant derrière un représentant qui lui impose sa volonté. Cette conception conduirait à rallonger artificiellement la période de dépendance et de vulnérabilité résultant de la minorité bien au-delà de son terme légal, faute d'avoir permis au protégé d'acquérir une expérience suffisante pour affronter les enjeux de sa majorité³.

314. Certains auteurs ont vu dans la notion d'acte usuel⁴ les bases légales d'une prémajorité juridique⁵. La référence aux actes autorisés par la loi de l'article 388-1-1 du Code civil renvoie à l'idée d'une prémajorité « fermée », car délimitée explicitement par le législateur et non susceptible d'extension. La notion d'acte usuel offre au contraire, la perspective d'une prémajorité « ouverte » qui rend possible l'adaptation de la protection des mineurs à leurs besoins. Cette notion permet à la

¹ Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, *pré. cit.*

² J. Klein, F. Gemignani, *Les personnes vulnérables : 102^e Congrès des notaires de France*, Strasbourg, 21-24 mai 2006, p. 273.

³ C'est aussi pourquoi au-delà des arguments purement juridiques il paraît inenvisageable de priver un parent de son autorité parentale en se fondant sur sa seule minorité. Une telle solution conduirait à priver ces parents des premières années d'existence de leur enfant, nécessaires à l'implication dans un rôle qui ne peut attendre l'échéance des dix-huit ans.

⁴ J. Stoufflet, « L'activité juridique du mineur non émancipé », in *Mélange offert à M. le Professeur P. Voirin*, LGDJ, 1967, p. 790 ; R. Nerson, « L'activité juridique du mineur non émancipé », *RTD. civ.* 1971, p. 613 ; M. Montanier, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacité », *JCP* 1982, I, p. 3076 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, t. 1, n° 428.

⁵ F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP* 1984, I, n° 3142, pp. 56 s., qui définit la prémajorité comme « la situation juridique intermédiaire entre la minorité et la majorité, préparant le mineur au libre exercice de ses droits civils » ; v. aussi : Cornu, « L'âge civil », *op. cit.*, pp. 9 s. ; J-C Montanier, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *op. cit.*, pp. 459 et s.

protection d'évoluer selon les mœurs et la société dans laquelle les mineurs sont amenés à vivre, sans que l'intervention du législateur soit systématiquement requise¹. Ce constat explique que la notion d'acte usuel ne fasse pas l'objet d'une définition formelle qui l'enfermerait dans des limites de termes employés par les textes. Cette souplesse rend ce fondement bien moins prévisible². L'insécurité qu'elle engendre conduit une majorité de la doctrine à se référer par analogie aux attributions du représentant légal pour en définir les contours³. La pertinence de ce raisonnement est sujette à controverse, car il a perdu de son intérêt avec la réforme du 15 octobre 2015 et la distanciation entre les attributions de l'administrateur légal et celles du tuteur⁴. La référence à l'usage, traduit l'idée selon laquelle il existe une sphère de capacité en chaque individu qui ne se limite pas seulement aux décisions portant sur sa personne ou son intimité, mais également aux actes portant sur son patrimoine, et ce, quelle que soit sa situation juridique personnelle⁵.

315. Il résulte des débats doctrinaux que les critères permettant d'identifier le caractère usuel d'un acte réalisé par le mineur nécessite que certains éléments soient appréciés *in abstracto* et d'autres de manière *in concreto*, car propres à chaque individu. Des auteurs proposent de « ne retenir, au titre de l'usage, que les actes que l'on peut normalement accepter de la part d'un mineur agissant lui-même ou, mieux encore, les actes que le bon père de famille admet d'un enfant. »⁶. La notion de « bon père de famille »⁷, renvoie au comportement adopté par une personne normalement prudente, diligente, avisée et bienveillante placée dans une même situation, mais qui en raison de son humanité demeure faillible. Ce modèle laisse la possibilité pour la personne de commettre des erreurs d'appréciation. Selon cette vision, le mineur ne peut passer un acte dont les conséquences conduisent à le mettre financièrement ou physiquement en danger. Cette thèse rejoint la notion de risque ou de gravité qui existait bien avant la loi de 1964⁸, par référence aux actes de disposition et qui a survécu à cette loi⁹, car « si l'on peut penser qu'un acte d'administration sera plus aisément accepté par l'usage qu'un acte de disposition, il

¹ P. Conte, J.-C. Montanier « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *op. cit.*, n° 5.

² Il apparaît que les acteurs économiques jouent de cette incertitude pour en tirer intérêt : v. F. Bellivier, *Droit des personnes*, LGDJ, 2015, n° 160, p. 154 note n° 76 ; Commission des clauses abusives, recommandation n° 2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux, nos 8, 9 et 38 : recommande que soient éliminées des contrats proposés par les fournisseurs de service de réseautage social les clauses ayant pour objet ou pour effet : 8°) de ne pas prévoir le consentement exprès des représentants légaux des mineurs non émancipés pour le traitement des données à caractère personnel ; 9°) de présumer le consentement du représentant légal du mineur non émancipé lorsque celui-ci est légalement requis : 38°) de faire peser sur le consommateur ou sur le non professionnel [y compris mineur], la réparation de tous dommages qui ne lui seraient pas imputables ; 39°) d'exonérer le professionnel de toute responsabilité au titre du fonctionnement ou de l'exploitation du réseau ».

³ Ex. : F. Julienne, « Le mineur, acteur de la vie économique ? (À propos de la loi du 15 juin 2010) », *Dr. fam.*, n° 11, novembre 2010, étude 31.

⁴ Ordonnance, n° 2015-1288, 15 octobre 2015, *op. cit.*

⁵ F. Betaille-Gonthier, *La capacité naturelle*, thèse dactyl. Bordeaux 1999.

⁶ P. Conte, J.-C. Montanier *op. cit.*

⁷ Notion dont l'existence semble vouée à disparaître au nom de l'égalité entre les hommes et les femmes au profit du terme « raisonnable » jugé plus neutre, mais ne permettant malheureusement pas de retranscrire la richesse juridique de l'expression qu'il est amené à substituer (Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 « pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes »).

⁸ Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, *pré. cit.*

⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 9 mai 1972, n° 70-10361, *Bull. civ.* I, n° 122 ; R. 1971-1972, p. 13.

reste que des actes d'administration ne seront pas usuels alors que des actes de disposition le seront »¹. Le risque que représente l'acte en lui-même ne peut suffire à l'exclure de l'usage. Il est difficile de déduire l'existence d'un usage par ses conséquences et donc par sa potentielle dangerosité², encore faut-il que l'acte puisse être accompli de manière habituelle ou fréquente par un mineur agissant seul³. À l'opposé, les actes du quotidien d'un faible montant n'ont manifestement pas vocation à être désignés comme des actes usuels, car il n'entre pas dans la fonction du juge de se charger des affaires insignifiantes⁴. Ces actes insignifiants ne peuvent être concernés par l'article 1149 du Code civil qui offre la possibilité d'une rescision judiciaire pour les actes « courants »⁵. La référence à un critère abstrait permet de prendre en considération l'intérêt de l'acte pour son auteur, car un parent normalement diligent ne laisserait pas le mineur dont il a la charge réaliser un acte duquel il ne tirera aucun avantage de quelque nature que ce soit⁶.

316. En raison des difficultés posées par l'appréciation *in abstracto*, il convient d'y associer des données plus concrètes propres à chaque mineur, qui correspond à une appréciation *in concreto*. Le législateur a également souhaité tenir compte des données sociologiques : l'âge des mineurs⁷, leurs habitudes de vie, l'état de leur fortune, « des habitudes sociales plus ou moins favorables à l'autonomie des enfants »⁸ et la situation familiale dans laquelle ils s'inscrivent, rentrent obligatoirement en considération. Cette appréciation *in concreto* implique que le statut de parent du mineur influe sur ce qui relève ou non de l'usage. Impossible de faire abstraction dans cette situation de ce critère, puisqu'il ne s'agit plus d'un mineur qui recherche exclusivement à satisfaire ses besoins, mais d'un parent dont les décisions prennent également en compte les besoins de son enfant, et cela sans avoir à agir en tant que représentant légal. S'il existe une « confusion évidente entre intérêt de l'enfant, intérêt des parents et plus largement l'intérêt de la famille [qui] conduit à s'interroger sur le point de savoir si la représentation de l'enfant par ses parents est une véritable représentation »⁹ ; la situation inverse se vérifie également tant il est difficile de distinguer l'action de l'administrateur légal, de l'action personnelle du parent qui organise indirectement la vie de son enfant. Ne devrait-on pas appréhender le caractère « usuel » des

¹ P. Conte, J.-C. Montanier, *op. cit.*, n° 21. « On constate dès lors que la classification traditionnelle est intégrée dans une classification nouvelle qui la transcende : parmi les actes usuels figureront aussi bien des actes d'administration que des actes de disposition ; quant aux actes non usuels, ils devront comprendre certains de ces actes et les actes conservatoires. » ; v. aussi : T. Fossier, G. Raoul-Cormeil, « Gestion du patrimoine des mineurs et des majeurs », *op. cit.*, n° 20 : « En définitive, la catégorie des actes usuels transcende la trilogie classique des actes de conservation, d'administration et de disposition ».

² Ex. : les contrats encadrant l'accès aux réseaux sociaux peuvent malgré leurs risques être qualifiés d'« usuels », v. sur ce point : B. Schmutz, « Junior connect'2015 : La conquête de l'engagement », *IPSO5*, 2 avril 2015, p. 19 : 85% des 13-19 ans étaient inscrits sur le réseau social Facebook en 2013, 79 % en 2014 et 78 % en 2015.

³ P. Conte, J.-C. Montanier, *op. cit.*, n° 11 ; obs. T. Garé, sous Cass., civ. 1^{re}, 17 novembre 1998, *JCP*. 1999, II, p. 10053.

⁴ *De minimis non curat praetor*, *Digest* 4, 1, 4.

⁵ Ce qui tranche une forte controverse doctrinale portant sur la question des actes de faible montant, ainsi que celle visant à déterminer la sanction des actes usuels. V. A. Gouttenoire « La capacité usuelle des mineurs », *op. cit.*, pp.174 et s.

⁶ Qu'il s'agisse d'un enrichissement ou de la préservation de son patrimoine actuel.

⁷ Qui permet de distinguer entre les actes autorisés par l'usage susceptibles d'être réalisés par le mineur et les actes insignifiant pouvant être réalisés par l'infans en raison de l'adage : « *de minimis...* ».

⁸ C. Atias, *Les personnes, les incapacités*, éd. PUF, coll. Droit fondamental, 1985.

⁹ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 648, n° 1081.

actes réalisés par un parent-mineur, en se référant aux actes que la majorité des parents sont amenés à réaliser à titre personnel pour les besoins de leur famille ? Si l'angle exclusif de la minorité conduit à restreindre l'étendue du caractère usuel à ce qu'un mineur est amené à réaliser, aborder cette question sur l'aspect exclusif de sa parenté mène à étendre cette qualification bien au-delà de ce qui serait indispensable. Il convient de souligner que les droits parentaux sont exercés par des personnes majeures, ce qui reviendrait à faire de l'action du parent-mineur, celle d'un parent majeur. L'idéal serait de considérer ces deux aspects, minorité et parenté, pour en déduire le caractère usuel ou non de l'acte. Cette approche est difficile en l'état actuel de nos connaissances, car si les habitudes de vie des familles ou des adolescents font régulièrement l'objet d'étude, les parent-mineurs constituent une catégorie d'individus dont le nombre n'est pas connu avec certitude.

317. En dépit des débats doctrinaux sur ces différents critères, c'est sur le juge que repose la tâche de déterminer au cas par cas la nature de l'acte réalisé. Il existe peu de jurisprudences sur la question, laissant supposer que « les conflits sont soit peu nombreux, soit d'une valeur telle que l'action en justice est délaissée »¹. Il ressort que les juges recherchent avant tout si l'acte réalisé par le mineur seul présente un risque particulier pour lui ou pour ses parents². Tel est le principe dégagé pour l'achat d'un véhicule terrestre à moteur par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 mai 1972³, constante en ce domaine⁴. En l'espèce, le mineur avait acquis une voiture d'occasion à un prix modique acquitté sur des fonds propres dont il avait la libre disposition. En dépit de ces constats, la Cour a estimé que cet acte ne pouvait pas constituer un acte de la vie courante, autorisé par l'usage en raison des risques particuliers que cet achat pouvait entraîner. La Cour a également estimé que la conclusion d'un bail ne peut être considérée comme un acte de la vie courante autorisé par l'usage et peut être annulée de plein droit⁵. La validité de ce contrat reviendrait à dénier aux titulaires de l'autorité parentale leur droit de décider du lieu de résidence de leur enfant⁶. *Quid* de la validité d'un contrat d'hébergement chez un particulier ou dans une structure départementale⁷ conclu par une mère mineure qui a été exclue avec son enfant du domicile familial par ses parents ? Doit-il nécessairement encourir la nullité de plein droit si ces derniers souhaitent le retour de la mère et de l'enfant ? Si dans cette situation, l'intervention d'une décision de placement du juge des enfants permet de surmonter momentanément cette difficulté⁸, cette

¹ G. Raymond, « Administration légale et tutelle », in *Rep. civ.*, actualisation janvier 2016, n° 64.

² Ce critère a été critiqué par P. Conte, J.-C. Montanier, *op. cit.*, n° 11. Selon ces auteurs, le critère de gravité ne permet qu'une définition indirecte de l'usage en se référant à ses éventuelles conséquences, « il ne s'agit pas de savoir si l'acte est dangereux ou non mais s'il est ou s'il n'est pas usuel ».

³ Cass., civ. 1^{re}, 9 mai 1972, *Bull.* n° 122, p. 110 ; *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 871.

⁴ V. CA Douai, 1^{er} ch., section 2, 6 septembre 2006, *Juris-Data* n° 2006-318256 ; CA Caen, 2^{ème} chambre civile et commerciale 15 octobre 2015, n° RG 14-00044, *Juris-Data* 2014-023422 ; *JCP G.*, 14 mars 2016, n° 11, p. 306, obs. G. Raoul-Cormeil ; TGI Quimper, 12 août 1970, *Gaz. Pal.*, 1971, 1, somm. p. 44.

⁵ CA Aix-en-Provence, 11^{ème} ch., 7 juin 2000, *Juris-Data* n° 115202 ; *Loyers et Copropriété*, LexisNexis, décembre 2000, n° 12, comm. B. Vial-Pedroletti.

⁶ A. Gouttenoire, « La capacité usuelle des mineurs », *op. cit.*, p. 170.

⁷ Art. L. 222-5, 4° CASF

⁸ *Ibid.* 3°.

éventualité souligne les problématiques sur lesquelles un tribunal peut être amené à statuer, car le retour de la mère mineure au domicile de ses parents entraîne celui de son enfant. Le caractère non usuel des actes touchant à l'hébergement du mineur revient pour les parents-mineurs à dénier l'autorité parentale qu'ils exercent et qui leur confère le droit de choisir la domiciliation de leur enfant et refuser son retour au domicile familial. D'où la nécessité de prendre en considération des éléments de la situation personnelle du mineur. Le recours à la notion d'acte usuel pour un parent-mineur offre une solution plus pérenne que celle obtenue via des ordonnances de protection, par nature temporaires¹. Cette notion d'usage demeure marquée par une forte subjectivité qui soumet l'action du mineur à la vision que le cocontractant ou que le magistrat se fait de l'usage. Cette notion offre une certaine flexibilité à la protection juridique des mineurs, permettant de faire face à des situations qui n'auraient pas été explicitement prévues par le législateur telles que la parenté, tout en préservant un socle minimal de protection par le biais de la lésion.

2. La capacité juridique personnelle du parent-mineur conditionnée à la bonne gestion de ses intérêts

318. L'objectif poursuivi par l'incapacité des mineurs est de concilier liberté et protection², ce qui conduit à un subtil équilibre. Cet équilibre se dégage des différentes sanctions applicables aux actes réalisés sans représentation par le mineur. À la capacité contractuelle du mineur répond la liberté contractuelle de son cocontractant qui peut toujours solliciter son représentant légal ou renoncer à l'acte. Si le droit fait preuve d'indulgence face à des mineurs qui souhaiteraient tester leur capacité juridique, cette indulgence ne sera pas étendue à la témérité dont a fait preuve le majeur en acceptant de conclure l'acte. Les nullités sont ici relatives et l'apparence de capacité due à la maturité physique ou aux déclarations du mineur ne fait pas obstacle à sa protection³. Le cocontractant majeur ne peut se prévaloir du statut de parent pour faire obstacle à l'annulation de l'acte fondée sur la minorité du parent-mineur.

319. Concernant les actes non usuels, la sanction encourue est une nullité relative. Encore faut-il que le mineur dans les cinq ans suivant sa majorité ou son représentant légal durant sa minorité ait introduit une demande en ce sens. L'inaction du représentant laisse supposer que l'acte passé sans sa participation était conforme aux intérêts du mineur et ne nécessitait pas son intervention. Le comportement passif de l'administrateur légal ferait présumer l'existence d'un mandat tacite avec son protégé, lui permettant de réaliser un acte non usuel⁴. Ce caractère tacite n'est valable que dans les situations où le parent était informé de l'intention du mineur d'agir seul avant la conclusion de l'acte, dans le cas contraire, il s'agit

¹ V. *infra*. nos 460 et 461.

² M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », in *L'enfant, la famille et l'argent*, F. Dekeuwer-Defossez (dir.), LGDJ, 1991, p. 101.

³ Art. 1149 al. 2 C. civ.

⁴ J. Carbonnier, *La famille*, éd. PUF, coll. Thémis, 21^{ème} éd., 2003, n° 183, p. 646 ; J. Stoufflet. « L'activité juridique du mineur non émancipé », *op. cit.*, p. 791, n° 17.

d'un mandat apparent, le cocontractant croyant légitimement que le mineur agissait avec l'accord de son représentant¹. Il est possible de conclure qu'à l'égard des actes non usuels le mineur « bon gestionnaire » a la possibilité de suppléer l'inaction de son administrateur, sous réserve que celui-ci n'en réclame l'annulation². Une fois devenu majeur, l'article 1152 du Code civil offre la possibilité au mineur de confirmer les actes qu'il a réalisés durant sa minorité³. Bien que limité à l'inaction de son représentant légal, le mineur peut s'aventurer dans le domaine des actes non usuels, mais ce n'est qu'à la condition de trouver une personne qui accepte de le suivre et d'assumer le risque en cas de réaction des parents.

320. Concernant les actes usuels, l'ordonnance du 10 février 2016⁴ a tranché définitivement un point de controverse doctrinale portant sur leur sanction, lorsqu'ils sont réalisés par le mineur seul. Une partie majoritaire de la doctrine délimitait le champ de la lésion par référence aux compétences du représentant légal. Cette logique les conduisait à exclure de la rescision les actes usuels. Leur raisonnement reposait sur la classification tripartite des actes de l'administrateur qui a été abandonnée par le législateur en 2016⁵. Pour ces auteurs, les actes usuels formaient une catégorie à part dont la validité ne pouvait être remise en question par aucune des parties. Un auteur estimait que « dans le cas où l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes, il faut qu'ils en subissent les conséquences afin que les habitudes sociales se corrigent elles-mêmes et restreignent l'autonomie des enfants à ce qui est raisonnable »⁶. Cette conception revenait à limiter le domaine de l'acte « usuel » de manière « stricte ». Pour ce courant doctrinal, longtemps majoritaire, seuls les actes de faible importance régis par l'adage *de minimis non curat praetor* pouvaient être vus comme usuels. Ce raisonnement a été doublement contredit par l'article 1149 du Code civil issu de la réforme de 2016⁷ qui énonce dans son premier alinéa que « Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. ». Les actes usuels ou courants ne peuvent être insignifiants, auquel cas ils ne pourraient pas être rescindés par le juge. L'acte insignifiant n'a donc pas vocation à entrer dans la catégorie des actes usuels, ces actes constituent une catégorie en dehors du droit. Le législateur a mis en place une nouvelle classification des actes réalisés par le mineur sans rapport avec les attributions du tuteur, constituée par les actes non usuels soumis de plein droit à

¹ Que le mandat soit tacite ou apparent ne fait pas obstacle à l'éventuelle action en nullité ou en rescision du représentant ou du mineur devenu majeur conformément à l'alinéa 2 de l'article 1149 C. civ.

² V. les arrêts de principe : Cass., civ., 1844 et civ., 25 mars 1861, H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n^{os} 53-54, p. 286 : « Le défaut d'autorisation et d'homologation entraîne une nullité qui vicie les actes d'aliénation à leur origine même et les mineurs peuvent justement les attaquer, sans obligation pour eux de prouver qu'il en résulte à leur préjudice une lésion quelconque ». La Cour d'appel voit son arrêt cassé en raison du fait qu'elle avait validé l'acte réalisé par le mineur car il était dans l'intérêt de toutes les parties, y compris du mineur qui bénéficiait de ses résultats favorables ; v. sur ce point P. Bonfils, A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n^o 1057, p. 635.

³ Cette confirmation peut être tacite par l'exécution du contrat par le mineur une fois devenu majeur.

⁴ Ordonnance n^o 2016-131 du 10 février 2016 *op. cit.*

⁵ V. *supra* n^o 310 et contra A. Gouttenoire « La capacité usuelle du mineur », *op. cit.*, p. 175.

⁶ C. Atias, *op. cit.*, n^o 125 ; cependant l'auteur considérait qu'à l'inverse il était opportun que tous les autres actes réalisés par un mineur seul soient rescindables, excluant les nullités de plein droit des actes soumis à un formalisme spécifique.

⁷ Réforme qui est venu consacrer la doctrine minoritaire défendue par P. Conte, J.-C. Montanier et A. Gouttenoire.

une nullité relative, les actes usuels rescindables et enfin (si on les considère comme une catégorie à part entière) les actes « insignifiants ».

321. Cette évolution illustre l'idée selon laquelle « la société n'est que le miroir de l'incapable de même que ce dernier est le miroir de la société dans laquelle il vit »¹. En passant du statut d'objet de droit à celui de sujet à part entière, le mineur est partie prenante de la vie économique, toujours plus sollicité, car « les jeunes font acheter, mais surtout, ils achètent toujours plus eux-mêmes »², surtout lorsqu'ils sont eux-mêmes parents d'un enfant dont les besoins dépendent directement de leur action. Les acteurs économiques tels que les banques ont organisé les conditions propices à l'usage pour faciliter l'ouverture de comptes bancaires ou leur gestion par des mineurs³, en leur offrant parfois les moyens de paiement qui en sont les attributs, en dépit du droit qui demeure réservé sur la question au vu des risques d'endettements qu'ils entraînent⁴. La lésion devient une nouvelle fois le mécanisme susceptible de favoriser la protection des mineurs « contre les sollicitations chaque jour plus nombreuses et parfois abusives, alors que l'usage le relève de son incapacité [...] Elle concilie la liberté et la protection »⁵.

322. En conclusion, comme sa protection, l'incapacité du mineur est relative. Il « bénéficie en réalité d'une capacité de contracter, ses actes n'encourant l'annulation que lorsqu'ils traduisent son inaptitude à prendre une décision conforme à ses intérêts »⁶. L'acte ne pourra être remis en question par le mineur ou son représentant que s'il parvient à démontrer l'existence d'une lésion. Contrairement aux actes non-usuels annulables en la forme, la sanction de ce qui est usuel relève d'une appréciation *in concreto*. Elle est appréciée à la fois de manière objective, entendue comme la différence comptable entre les prestations réciproques préjudiciables au mineur, mais aussi de manière subjective au regard de l'utilité et de la pertinence de l'acte confronté à l'intérêt du mineur⁷. En pratique, cela revient à mettre en balance les bénéfices et les risques auxquels l'acte réalisé expose le mineur. Cette balance des intérêts ressort des dispositions de l'article 1151 du Code civil qui permet au contractant capable de faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion, ou qu'il a profité à celle-ci. Il est aussi admis que le cocontractant majeur puisse sauver l'acte en compensant la lésion subie par le mineur, ce qui signifie, que lorsque « l'opération a été

¹ J. Hauser, « L'incapable et nous », *JCP N.* 1999, p. 863, rapp. synthèse.

² P. Conte, J.-C. Montanier, *op. cit.*, n° 2.

³ C. Neirinck « Enfance », *op. cit.*, nos 742 et s ; J.-P. Gridel, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, chron. p. 93 ; F. Rizzo, « Les opérations bancaires du mineur non émancipé », *RJPF* 2000-4/12 ; J. Casey, « L'enfant et la banque », *Dr. et patr.* 2000, n° 87, p. 76 ; C. Farge, *D.* 2000, p. 39 ; E. Naudin, « Les comptes bancaires et la famille », *AJ. fam.* 2003, p. 273 ; D. Guérin et M. Péron « Seuil d'âge en droit des contrats et en droit des affaires », *AJ. fam.*, octobre 2017, n° 10, pp. 516 s.

⁴ V. Cass., civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, n° 97-13248, *RTD. civ.* 1999, p. 360, obs. Hauser. La Cour ayant refusé de condamner le mineur au paiement du découvert d'un compte bancaire qu'il avait lui-même ouvert en dissimulant son âge au banquier qui lui avait fournis des moyens de paiement.

⁵ M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence » *op. cit.*

⁶ A. Gouttenoire, « La capacité usuelle du mineur », *op. cit.*, p. 174.

⁷ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1070, p. 642 ; J. Carbonnier, *Droit civil, t I, les personnes*, éd. PUF, coll. Thémis, 2000, n° 112.

bien conduite, la preuve est faite que le mineur était apte à gérer ses affaires, qu'il n'avait pas besoin de protection particulière »¹. Dans le cas contraire, il s'agit de rectifier l'inconséquence de la personne protégée et de sanctionner le comportement du majeur qui a profité de sa vulnérabilité.

323. Le parent-mineur peut trouver dans cette approche une source d'autonomie personnelle pour l'exercice de ses prérogatives parentales. L'acte usuel permet de retrouver une certaine cohérence dans un statut qui ne semble pas avoir été envisagé dans sa globalité. La loi n'empêche pas les mineurs de contracter seuls, elle se contente de veiller à ce qu'ils ne se lèsent pas dans leur action. « S'il en était autrement, si sa qualité de mineur suffisait pour faire annuler, sans distinction, toutes les conventions dans lesquelles le tuteur [administrateur légal]² ne serait pas intervenu, les dispositions par lesquelles la loi a recherché à le protéger deviendraient préjudiciables en interdisant aux tiers la faculté de passer lui-même les contrats dont il pourrait tirer le plus d'avantages. En lui conservant dans tous les cas le droit de se faire restituer pour la simple lésion, dont l'appréciation est abandonnée à la sagesse des tribunaux, la loi a suffisamment pourvu à son intérêt »³.

324. Cette protection s'étend aux conséquences juridiques suivant la remise en cause de l'acte réalisé par le mineur. Que l'acte ait fait l'objet d'une nullité de plein droit ou d'une rescision, la restitution du droit commun ne pourra être appliquée au mineur. Le mineur ne sera tenu de restituer que ce qui a tourné à son profit conformément aux dispositions de l'article 1352-4 du Code civil. Pour qu'il y ait restitution, il convient que le bien ou les sommes qui ont été placées directement entre ses mains⁴ soient encore en sa possession. Dans le cas contraire, il ne sera tenu que du reliquat. La Cour de cassation a, le 5 avril 1978⁵, cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Nouméa en ce qu'elle avait annulé un prêt consenti à un mineur et l'avait condamné à rembourser l'intégralité des sommes empruntées. Pour la Cour de cassation, les juges auraient dû rechercher si ce prêt avait effectivement tourné au profit de son bénéficiaire et limiter son remboursement au reliquat encore en sa possession. Le parent-mineur, comme tout mineur, est à même d'améliorer sa situation personnelle au détriment de son cocontractant, qui est invité à la plus grande prudence chaque fois qu'il choisit de contracter avec une personne vulnérable. Le parent-mineur pourra donc réaliser les actes juridiques usuels susceptibles d'améliorer la situation de son foyer, sans se heurter à l'incapacité résultant de son statut lié à sa minorité.

¹ J. Carbonnier, *Droit civil, t I, les personnes*, *op. cit.*, n° 112.

² En raison de la date de l'arrêt dont est tirée cette citation (1844), les juges mentionnent le « Tuteur », la notion de représentant légal n'était pas encore théorisée.

³ Cass., 18 juin 1944, « Marchais », *DP* 1844, 1, p. 123 ; *S.* 1844, 1, p. 497, note L.-M. Devill ; I. Colin, H. Capitant, *op. cit.*, n° 840, p. 655.

⁴ L'article 1352-4 C. civ ne peut s'appliquer, si le bien ou les sommes ont été placées entre les mains du représentant légal même si l'acte a été réalisé par le mineur seul, le tiers co-contractant du mineur est encouragé à réintégrer d'une manière ou d'une autre le représentant légal pour préserver la validité de l'acte et se prémunir des règles dérogatoires du droit commun en matière de restitution.

⁵ Cass., civ 1^{ère}, 5 avril 1978, n° 76-14924, *Bull. civ.*, I, n° 147, p. 116.

Section 2 : La capacité procédurale du parent-mineur

325. Reconnaître aux mineurs des droits implique qu'ils puissent être mobilisés en justice en cas d'atteinte. À la capacité juridique doit répondre une capacité procédurale qui conditionne l'effectivité du respect de ces droits. Comme pour les actes juridiques, le mineur ne peut en principe agir personnellement en justice et doit être représenté par son parent (§ 1). Le statut de parent permet aux mineurs d'agir en justice non seulement pour représenter son enfant dans toutes les procédures qui le concernent, mais également pour faire respecter les droits qu'il exerce personnellement sur son enfant (§ 2).

§ 1 : La représentation procédurale des mineurs

326. La capacité procédurale des mineurs est généralement abordée dans la continuité de l'administration légale dans le cadre du droit des incapacités. Si cette organisation est respectée dans notre développement, il s'agit en réalité d'en questionner le bien-fondé. La capacité procédurale des mineurs repose comme pour les actes juridiques sur le mécanisme de la représentation légale. La représentation se retrouve aussi bien en matière extrapatrimoniale qu'en matière patrimoniale. Si « la minorité donne naissance à un système de représentation qui comporte des conséquences procédurales »¹, la capacité procédurale ne serait pas un attribut de l'administration légale, mais de la représentation du mineur. Située aux frontières de l'autorité sur la personne et de l'administration légale, la capacité procédurale des enfants mineurs revient de plein droit à leurs parents qui l'exercent par représentation (A). Comme pour la réalisation des actes juridiques, la représentation *ad agendum*² se répartit à la fois entre les titulaires de l'autorité et les administrateurs légaux de l'enfant-mineur (B).

A- Le principe de la représentation du mineur, partie à la procédure

327. L'enfant mineur est par principe juridiquement dans l'incapacité d'exercer personnellement les droits dont il est titulaire. Cette incapacité d'exercice se retrouve également en matière procédurale, et pour cette raison il convient de lui attribuer un représentant afin qu'elle ne se mue pas en incapacité de jouissance qui ferait basculer le mineur du statut de sujet de droit à celui d'objet de droit. « Le droit d'agir en justice est si fondamental que la capacité d'agir en justice, au point de vue de la jouissance du droit, constitue une règle à laquelle il est rarement dérogé »³. Pour ce faire, le législateur prévoit la mise en place d'un mécanisme de représentation *ad agendum* attribuée par principe à ses père et mère (1).

¹ J Hauser, « Enfant et justice », *Dr. fam.* n° 7, Juillet 2006, étude n° 38, n° 7, propos conclusifs.

² Littéralement : « en vue de l'action ».

³ S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 34^{ème} éd., 2018, n° 124, p. 144.

Le parent qui exerce l'autorité parentale n'est écarté qu'en cas de conflit d'intérêts au profit d'un administrateur *ad hoc*, mais la minorité du parent ne permet pas à elle seule une telle nomination (2).

1. *La substitution de l'enfant partie à la procédure par son parent*

328. Cette représentation à l'origine exclusivement procédurale « repose sur un système général de représentation légale du mineur qui assure à celui-ci la protection permanente de ses intérêts »¹. La représentation en justice est liée à la représentation légale dévolue aux père et mère tant qu'ils exercent l'autorité sur la personne de leur enfant et l'administration légale sur son patrimoine. Elle se définit d'une manière similaire à la représentation intervenant lors de la conclusion des actes juridiques. La représentation *ad agendum* permet à une personne d'agir en justice au nom d'une autre, comme demandeur ou défendeur et les effets juridiques de l'instance se feront au profit ou à la charge de cette dernière². L'objectif est ici de faire exister sur la scène juridique une personne qui n'y figure pas pour la préserver des risques d'un mauvais usage procédural qu'elle pourrait faire de ses droits, mauvais usage qui peut résulter lorsqu'il s'agit d'un mineur, de son immaturité et de son impulsivité. Les parents, dont le discernement est légalement présumé, sont chargés de mobiliser et de défendre les droits de leurs enfants devant les juridictions compétentes. Sans leurs représentants, les prétentions invoquées par le mineur ne seront pas examinées et leurs demandes seront, de plein droit, écartées par le magistrat³.

329. Transposé à notre hypothèse, le parent-mineur est capable de représenter les intérêts de son enfant en justice, d'intenter au besoin toute action qu'il jugera nécessaire. Cette capacité juridique du parent-mineur se déduit des articles 325 alinéa 2, 327 alinéa 2 et 328 alinéa 1 du Code civil relatifs aux actions judiciaires en matière de filiation. Les deux premiers articles rappellent que les actions en recherche de maternité ou de paternité sont réservées à l'enfant titulaire du droit. Les textes précisent que durant sa minorité, seuls les parents « même[s] mineur[s] » sont admis pour introduire l'action et agir en son nom. Cette logique ne doit pas être cantonnée au seul domaine des actions sur la filiation, car le parent-mineur exerce en principe l'autorité parentale dans tous ses attributs, ce qui fait de lui le représentant légal de son enfant mineur. Dans ce cas, pourquoi le priver de la possibilité de mobiliser en justice les droits de son enfant, sauf à remettre en cause les effets juridiques nés de la filiation et son aptitude à préserver ses intérêts ?

330. Le problème récurrent du maintien de l'autorité parentale sur le parent-mineur ressurgit ici. Le parent-mineur bénéficie également à titre personnel d'une protection qui trouve sa légitimité dans son immaturité présumée et son incapacité juridique. Le parent-mineur doit donc être représenté dans toute

¹ A. Gouttenoire, « Mineur », in *Rep. proc. civ.*, Dalloz, juin 2015, (actualisation octobre 2017), nos 151 s.

² *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « représentation en justice » sens a/.

³ Cass., civ. 2^{ème}, 25 octobre 1995, *Bull. civ.* 1995, II, n° 253 ; *JCP G* 1995, IV, p. 2618 ; *D.* 1997, somm. p. 282, obs. F. Thomas-Le-Doujet ; CA Paris, 12 novembre 1993, *Juris-Data* n° 1993-023374 ; CA Versailles, 31 mars 1994, *Juris-Data* n° 1994-041134 ; CA Versailles, 16 juin 1994, *Juris-Data* n° 1994-046969 ; CA Versailles, 6 octobre 1994, *Juris-Data* n° 1994-046518.

instance où il est personnellement partie. Par le maintien de leurs droits sur le parent-mineur, ses parents sont légitimes pour intervenir dans les actions qui le concernent. La représentation légale est un outil mis à la disposition du parent exerçant l'autorité parentale pour protéger les droits dont son enfant n'a pas l'exercice. Ce mécanisme juridique ne fait pas obstacle à l'utilisation par les parents de leur personnalité juridique et de la capacité qui en est l'attribut pour garantir à l'enfant l'exercice de ses droits¹. Il n'est pas rare que les parents décident soit d'intenter l'action en leur nom uniquement, soit d'associer leur action à celle de leur enfant pour obtenir réparation d'un préjudice qui leur est personnel en raison du non-respect de leurs droits d'autorité parentale². L'intérêt de l'enfant-mineur et celui de ses parents se trouvent ici fortement imbriqués. Cette possibilité offerte aux parents ne pose pas de problème majeur car leur action est toujours présumée servir l'intérêt de leur enfant.

331. Par la représentation légale, les parents-mineurs se voient également attribuer la protection des droits de leur enfant avec la capacité procédurale qui s'y rattache. Par l'autorité qu'ils exercent sur lui, ils sont en capacité de lui imposer leur action comme leur inaction. L'exercice de l'autorité parentale par les parents-mineurs implique de leur accorder les moyens requis pour son effectivité, car la protection des intérêts de l'enfant en dépend. L'effectivité d'un droit contient également un droit aux moyens³ de sa mise en œuvre et son respect par les tiers. Les thèses qui reconnaissent l'exercice de l'autorité au parent-mineur mais lui refusent toute capacité pour représenter l'enfant, rencontre ici un nouvel écueil. Ce refus conduit à une incohérence, car il revient à empêcher les parents-mineurs qui exercent personnellement l'autorité parentale sur la personne de l'enfant pour préserver ses intérêts, de défendre ces mêmes intérêts en justice⁴. L'action du parent-mineur serait donc subordonnée à l'action du véritable représentant légal de leur enfant, soit en la personne d'un tuteur, soit d'un administrateur *ad hoc*, voire de ses parents. Ce raisonnement repose sur le postulat selon lequel la représentation *ad agendum* ne serait pas un attribut de l'autorité parentale mais celui de l'administration légale, administration que le parent-mineur ne serait pas à même d'exercer en raison de son incapacité. Il a été démontré que la représentation légale est l'attribut de l'autorité sur la personne comme sur les biens de l'enfant qui compose l'autorité parentale, exercée par le parent-mineur sans représentation de ses parents⁵. Or, la représentation *ad agendum* n'est qu'un attribut de la représentation légale de l'enfant exercé par son parent-mineur. Le parent-mineur peut donc représenter en justice son enfant sans être lui-même représenté, car il agit en tant que parent. Cette représentation procédurale peut revenir à une autre personne dans des circonstances exceptionnelles, chaque fois que les intérêts de l'enfant entrent en opposition avec ceux de ses parents. Ces circonstances fondent l'intervention de l'administrateur

¹ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., p. 647, n° 1079.

² Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, n° 70-13.377, *Bull. civ.*, I, n° 134, p. 118, *JCP* 1972, II, p. 1729.

³ T. Hobbes *Léviathan*, op. cit., « Des lois naturelles », n° 14, p. 241.

⁴ « Que serait la reconnaissance de ses droits subjectifs s'ils ne comprenaient pas la capacité d'*ester* en justice pour les faire respecter ? » : G. Raoul-Cormeil, « Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'*ester* en justice pour leur mise en œuvre », *D.* 2014, p. 467.

⁵ V. *supra* nos 278 s.

ad hoc, intervention qui a pu être envisagée pour pallier l'incapacité personnelle supposée du parent-mineur pour représenter son enfant, avant que cette solution soit infirmée par la Cour d'appel de Dijon dans son arrêt du 4 juillet 2012¹.

2. La limite de la représentation du parent résultant de l'opposition d'intérêts

332. Il existe un seul cas dans lequel le parent perd temporairement l'exercice légitime de la représentation *ad agendum* de l'enfant mineur. Il s'agit des éventualités où un conflit d'intérêts oppose le parent à son enfant, opposition qui permet de renverser la présomption de convergence d'intérêt qui existe entre eux. Cette exception implique de démontrer préalablement une opposition² sérieuse, vraisemblable³ et qui ne saurait se déduire d'un simple intérêt distinct⁴, même si la seule potentialité d'une opposition est suffisante pour relever le parent de sa mission de représentation procédurale⁵. L'objectif de ce mécanisme est de surmonter l'inaction dommageable d'un parent qui privilégierait ses intérêts au détriment de ceux de son protégé. De ce fait, « 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 383 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter. »⁶ L'administrateur *ad hoc* est en réalité un représentant *ad hoc* de l'enfant, chargé d'exercer ses droits dans le cadre d'une procédure et de réaliser en son nom tous les actes juridiques requis par l'instance⁷, à la place du parent momentanément défaillant. Son rôle s'est progressivement étendu bien au-delà de la sphère processuelle patrimoniale pour intervenir dans tous les cas où les intérêts du représentant légal entrent en conflit avec ceux de son protégé y compris en matière extrapatrimoniale. Il peut être nommé, soit directement par le juge, soit à la demande du ministère public, de l'un des parents, ou du mineur lui-même, chaque fois que le représentant légal manque de diligence pour préserver ses intérêts au détriment de l'enfant⁸.

¹ CA Dijon, 4 juillet 2012, Président Du Conseil Général De La Côte d'Or c/ l'Association Beaunoise de Protection de l'Enfance, n°12/00315, D. 2013, p. 2073.

² Cass., civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, n° 86-16.153, *Bull. civ.* I, n° 63 ; D. 1988. IR 81 ; *Deffrénois* 1988, p. 1024, obs. Massip ; *Gaz. Pal.* 1989. 1, p. 43, note Massip ; J. Hauser « L'opposition d'intérêt dans l'administration légale », *RTD civ.* 1996, p. 582.

³ Cass., 28 janvier 1896, *DP* 1896, 1, p. 543 : L'opposition d'intérêts doit être sérieuse et vraisemblable.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 18 mars 1981, n° 79-16284, *Bull. civ.* I, n° 95.

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 7 juin 1955, D. 1956, somm. p.40 ; *JCP G* 1956, II, p. 9259 : un simple risque d'opposition suffit.

⁶ Art. 388-2 C. civ. Il peut s'agir des procédures de contestation de filiation, d'assistance éducative ... Un article équivalent est présent dans le cadre pénal, à l'article 706-50 CPP. Celui-ci permet de désigner un administrateur *ad hoc* pour représenter l'enfant victime dans une procédure impliquant l'un de ses parents en tant qu'auteurs, complices ou qui tentent de préserver la personne poursuivie par leur inaction ; v. ministère de la Justice, « Administrateur *ad hoc* », Guide Méthodologique, novembre 2014, disponible : http://www.justice.gouv.fr/publication/guide_aah.pdf [consulté le 1^{er} octobre 2019] ; pour exemple : Cass., civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, n° 08-11.552 : *Juris-Data* n° 2009-047574. (Succession) ; Cass., civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *Juris-Data* n° 2005-030425 (procédure pénale) ; *Bull. civ.* 2005, I, n° 390, *Dr. fam.* 2006, comm. p. 77, note A. Gouttenoire ; *JCP G* 2005, I, p. 199, n° 12, obs. T. Fossier ; *Deffrénois* 2006, art. 38336, n° 12, p. 350, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 4131, concl. J. Sainte-Rose ; *RTD civ.* 2006, p. 103, obs. J. Hauser ; D. 2005, p. 2825, obs. C. Girault ; *RJPF* 2006-1/17, p. 16, obs. F.-J. Pansier ; M. Bruggeman, « Administrateur *ad hoc* du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2006, étude 28 ; *RLDC*. 2006, n° 23, 963, p. 47, obs. G. Marraud des Grottesconstatant.

⁷ Art. 383 C. civ., v. ex. : la représentation de l'enfant en matière de partage d'héritage : Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, n° 96-19.759, *Dr. fam.* n° 58, note Th. Fossier ; Civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, n° 08-11.552, *RJPF* 2009. 6/23.

⁸ Art. 389-3 C. civ. Cette possibilité s'étend à tous les domaines de la représentation qui comprend également la conclusion des actes juridiques.

333. Ainsi, cette représentation est par nature ponctuelle¹. Au-delà de sa sphère d'intervention, la représentation de l'enfant par l'administrateur *ad hoc* n'emporte aucune modification de l'exercice des droits parentaux. Le parent demeure le représentant légal de son enfant et l'administrateur *ad hoc* ne peut accomplir des actes ou tenter des actions sans rapport direct avec sa mission. Contrairement aux père et mère qui sont plus que de simples représentants en raison des droits personnels attribués par leur filiation avec l'enfant, l'administrateur *ad hoc* voit son action limitée aux droits du mineur². En principe, il ne peut intervenir que dans les procédures où l'enfant est personnellement partie, ou lorsque sa représentation est nécessaire. La pratique a peu à peu étendu son intervention aux procédures où l'enfant est simplement concerné, comme par exemple celles intentées devant le juge aux affaires familiales³. Il n'a donc pas vocation à devenir partie aux procédures où le mineur représenté n'est pas lui-même partie⁴.

334. Concernant le domaine personnel, avec la reconnaissance progressive de droit propre à l'enfant de nature à concurrencer l'autorité parentale, l'intervention de l'administrateur *ad hoc* est devenue légitime⁵. La jurisprudence veille à ce que l'administrateur ne se substitue pas aux parents⁶, car il n'a pas vocation à exercer l'autorité sur l'enfant⁷ qui demeure un droit exclusivement personnel des parents. L'administrateur *ad hoc* ne représente pas la volonté du représenté, mais ses intérêts. La jurisprudence estime que « le recours à un administrateur *ad hoc* est abusif lorsqu'il s'agit, non plus de priver les parents de leurs prérogatives parce qu'on s'en méfie, mais de priver l'enfant de l'exercice d'un droit personnel »⁸. Cette dérive a pu être écartée à l'égard du parent-mineur par la Cour d'appel de Dijon dans son arrêt du 4 juillet 2012⁹. En l'espèce, l'association chargée de la tutelle de la mère mineure a demandé la désignation d'un administrateur *ad hoc* chargé d'exercer l'autorité parentale sur son enfant. Cette demande avait été acceptée dans un premier temps par le juge des tutelles au motif de la protection de

¹ *Ad hoc* signifie littéralement « pour cela » ; v. sur ce point : C. Neirinck « Enfance », *op. cit.*, « § 2 : Fausse capacité : administrateur *ad hoc* » nos 749 et s.

² Cass., ch. mixte, 9 février 2001, n° 98-18661, *Bull. civ.* n° 1, p 1 ; *Dr. fam.* 2001, comm. p. 53, obs. A. Gouttenoire ; *RTD. civ.* 2001, p. 333, obs. J. Hauser ; *RDSS* 2001, p. 833, note M. Bruggeman.

³ C. Lienhard, « Juge aux affaires familiales », in *Rep. proc. civ.*, Dalloz, mars 2011, (actualisation avril 2019), n° 93.

⁴ Cass., ch. mixte, 9 février 2001, *op. cit.* ; en l'espèce, il s'agissait de la représentation du mineur dans le cadre d'un contentieux relatif à l'autorité parentale. L'administrateur *ad hoc* ne peut former une tierce opposition dès lors que le mineur représenté ne peut le faire lui-même.

⁵ V. C. Neirinck « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *JCP G.* n° 20, 17 mai 2000, doctr. 228 ; ex. : CA Angers, 26 juillet 2005, *Juris-Data* n° 2005-282717 : désignant un administrateur *ad hoc* à un enfant, auquel les parents refusaient un traitement médical, et qui a fait l'objet d'une ordonnance de placement provisoire au CHU ; v. en sens contraire : Cass., civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, qui semble limiter la désignation d'un administrateur *ad hoc* aux seuls cas où l'administration des biens du mineur est en cause.

⁶ « En outre, l'administrateur *ad hoc* doit éviter de créer une relation trop affective avec le mineur qui pourrait le considérer comme l'un de ses parents. Il ne doit pas se substituer aux titulaires de l'autorité parentale. », extrait du guide méthodologique du ministère de la justice « Administrateur *ad hoc*, représentation judiciaire et accompagnement des enfants victimes », *op. cit.*, p. 32.

⁷ « On peut oser la métaphore suivante : l'administrateur *ad hoc* est au tuteur ce que le "bonsaï" est à la plante, une réduction de statut. La miniaturisation et la limitation du rôle de l'administrateur *ad hoc* à une représentation ponctuelle s'expliquent par le fait que les parents conservent, lorsqu'il est désigné, l'administration légale uniquement amputée de la mission qui lui est confiée et l'intégralité de leur autorité parentale. », C. Neirinck « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *op. cit.*, n° 8.

⁸ C. Neirinck, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *JCP* 1991, I, p. 3496 n° 9.

⁹ CA Dijon, 04 juillet 2012, n° 12-00315, *Juris-Data* n° 2012-019105 ; *Dr. famille* 2012, comm. p. 169, obs. C. Neirinck ; *D.* 2013, p. 2073, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *RTD. civ.* 2013, p. 818, note J. Hauser ; *LP4* 12 août 2013, n° 160, p. 3, note. F. Dekeuwer-Défossez.

l'intérêt des deux mineures (la mère et la fille). Cette nomination a été censurée, le juge des tutelles n'avait aucunement caractérisé l'opposition d'intérêt entre l'enfant et son parent. La Cour souligne que la situation de la mère ne laissait supposer que des intérêts éventuellement distincts et que la minorité du parent ne permettait pas à elle seule de présumer un conflit d'intérêts opposant l'enfant à son représentant légal. Au-delà de la question de l'existence d'une opposition d'intérêts, la décision prise par le juge des tutelles est d'autant plus critiquable qu'elle n'avait pour objectif que de priver le parent-mineur de l'exercice de son autorité parentale. La nature éminemment personnelle de ce droit et l'autorité qu'il confère dépassent amplement les missions pouvant être attribuées à un administrateur *ad hoc*, qui se limite à une représentation ponctuelle de l'enfant, dénuée de tout aspect décisionnel et limité à l'exercice de ses droits. Dans son arrêt, la Cour d'appel a reconnu implicitement la capacité générale des parents-mineurs à représenter légalement leur enfant, que ce soit dans la réalisation des actes juridiques organisant sa vie civile comme dans les procédures qui le concernent. En dépit de sa minorité, le parent est le représentant légalement désigné de son enfant dans la limite du droit commun par l'existence d'une opposition d'intérêt. La représentation *ad agendum* est donc un attribut de la représentation légale.

B- La répartition de la représentation procédurale entre administrateur légal et titulaire de l'autorité parentale

335. La représentation *ad agendum* du mineur est une émanation de la représentation légale attribut de l'autorité parentale, elle appartient de plein droit aux père et mère. Le parent n'a pas à apporter la preuve d'un mandat pour intenter une action au nom de son enfant puisqu'il tient ce rôle de la loi elle-même. Si le principe veut que les parents gouvernent sa personne et administrent son patrimoine, ils détiennent une capacité de représentation générale qui, de prime abord, semble rendre la distinction entre les actions patrimoniales et extrapatrimoniales inutile. La gestion des biens de l'enfant peut être attribué à une personne autre que les parents¹. Dans ce cas, ils perdent leur monopôle et chaque action fera l'objet d'une répartition entre les parents exerçant l'autorité sur la personne de l'enfant et l'administrateur légal chargé de la gestion de son patrimoine, selon la nature extrapatrimoniale ou patrimoniale du droit mobilisé (1). La séparation entre l'extrapatrimoniale et le patrimonial conduit à envisager les critères permettant d'attribuer l'action aux différents représentants légaux de l'enfant mineur selon leur domaine respectif (2).

¹ V. *supra* n° 295 (libéralité) et *infra* nos 590 s. (tutelle aux biens).

1. Une répartition de la représentation procédurale fondée sur la nature du droit mobilisé

336. L'article 388-1-1 du Code civil énonce que « l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile » requis pour l'exercice de ses droits ou la défense de ses intérêts. Selon une partie de la doctrine, cet article attribue la représentation légale de l'enfant mineur à la personne qui exerce sur lui l'administration légale et cela sans avoir à distinguer entre les actes et les actions patrimoniales ou extrapatrimoniales¹. La représentation en justice du mineur serait une compétence exclusive de l'administrateur légal. Cette idée était renforcée par les renvois successifs de la loi aux pouvoirs du tuteur qui envisageait les actes et les actions juridiques sans les distinguer, car le tuteur était le seul représentant de l'enfant. Cette unicité a été utilisée en doctrine pour traiter la capacité *ad agendum* dans le cadre de l'administration légale. Le fonctionnement de l'autorité parentale et de la tutelle diffère fondamentalement et ce rapprochement entre ces deux protections est source de difficultés, car il ne permet pas de tenir compte de la composition des personnes juridiques qui repose à la fois sur l'être et l'avoir, la personne et son patrimoine². La réforme de l'administration légale intervenue en 2015³ remet en question cette vision qui faisait de la représentation légale et procédurale un seul et même ensemble.

337. L'action en justice est définie comme le « droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu et jugé sur le fond de celle-ci [...], le juge étant tenu de la déclarer bien ou mal fondée. Pour l'adversaire de la prétention, d'en discuter le bien-fondé »⁴. L'action en justice est elle-même un droit qui sera pour les enfants mineurs exercé par représentation. La problématique est ici similaire aux actes juridiques, car ils n'ont pas vocation à être cantonnés au seul domaine patrimonial et se retrouvent également dans le domaine extrapatrimonial⁵. Cette distinction théorique n'a que peu d'intérêt pratique lorsque l'administrateur légal est aussi la personne qui exerce l'autorité. Cette confusion des rôles a été renforcée par la loi du 13 mai 2009⁶, car il n'est plus crucial de distinguer entre représentation patrimoniale et extrapatrimoniale, puisque la désignation du juge compétent amené à contrôler l'action des représentants légaux n'en dépend plus. Le juge aux affaires familiales s'est vu attribuer les compétences du juge des tutelles mineures, ce qui lui confère une compétence générale sur l'exercice de l'autorité parentale⁷. La nécessité de cette distinction émerge à nouveau lorsque le juge a scindé la représentation en attribuant l'administration légale à une personne autre que les parents⁸. Dans ce cas,

¹ C. Neirinck, « Le statut juridique des mineurs de 7 à 13 ans », *LPA* n° 44, 1994, p. 11.

² G Raymond attribue la représentation en justice à l'administrateur légal y compris en matière patrimoniale tout en reconnaissant que « ces prérogatives sont autant liées à l'autorité parentale qu'à l'administration légale des biens de l'enfant. » : V. G Raymond « Administration légale et tutelle », *op. cit.*, n° 55.

³ Ordonnance n° 2015-1288, du 15 octobre 2015, *op. cit.*

⁴ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, « action en justice », sens précis. ; art. 30 CPC.

⁵ V. *supra* nos 195 s.

⁶ Loi n° 2009-526 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009, *JO* n° 0110 du 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1.

⁷ Ce changement d'organisation fait écho à l'organisation même de l'autorité parentale car l'exercice de l'autorité sur la personne et l'administration sur les biens de l'enfant sont attribués en principe à ses parents.

⁸ P. Bonfils et A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, pp. 646 et 647, n° 1078 : « la recherche du fondement exact des pouvoirs de représentation de l'enfant en justice comporte un intérêt particulier lorsque les titulaires de l'autorité parentale et l'administrateur légal sont deux personnes distinctes ».

chaque représentation devra se cantonner à son domaine de compétences¹, avec d'un côté le gouvernement de la personne de l'enfant et de l'autre l'administration de son patrimoine.

338. L'ouverture d'une tutelle aux biens vient bouleverser la représentation *ad agendum* lorsque que le tuteur désigné n'est ni le père ni la mère de l'enfant. Tant qu'ils exerçaient la plénitude de l'autorité parentale, eux seuls étaient recevables pour *ester* en justice pour préserver les droits et les intérêts de l'enfant. Dès l'instant où la représentation est scindée au profit d'un tiers, chacun des représentants a vocation à agir dans son domaine d'attribution respectif. Cette séparation conduit à distinguer entre le domaine patrimonial et l'extra patrimonial, ce qui peut poser des difficultés si les représentants légaux de l'enfant ne parviennent pas à distinguer les limites de leurs compétences au risque d'empiéter sur leurs domaines respectifs². À terme, ces difficultés nuisent aussi bien à l'efficacité de leur action qu'à la protection même des droits et intérêts de l'enfant. La répartition de la représentation légale entre plusieurs représentants conduit à s'intéresser au débat doctrinal portant sur la délimitation même du droit commun de l'action en justice. Ce débat offre un éclairage sur les conflits existants au sein de la doctrine sur l'exercice de l'administration légale par un parent-mineur, qui se révèle être la face immergée du débat sur l'exercice de la représentation légale par un parent protégé.

339. Un auteur résume cette question entre deux courants de pensée qu'il qualifie respectivement d'« optimiste » et de « pessimiste »³. Les premiers considèrent toutes les conditions de recevabilité de l'action de « manière distincte et indépendante du fond du droit » et plaident pour une spécificité de l'action en justice. Cette vision revient à envisager l'incapacité procédurale du mineur de manière absolue, l'instance étant vue comme un « acte grave », car « la manie processive apparaît comme un danger auquel il faut parer »⁴. Ce courant peut être rapproché d'un autre qui voit dans l'incapacité des enfants une incapacité de défiance due à leur immaturité, avant d'être une incapacité de protection. Cette thèse conduit à considérer que l'incapacité personnelle des parents fait obstacle à toute représentation légale. Le parent-mineur ne pourrait donc agir personnellement en justice, peu importe la nature du droit qu'il revendique. Cette théorie conduit à considérer que la représentation *ad agendum* du mineur revient exclusivement à son administrateur légal, quelle que soit la nature du droit objet de

¹ L'ouverture d'une tutelle sur le fondement de l'article 391 C civ est sans effet sur l'autorité parentale : Cass., civ. 1^{ère}, 8 novembre 1982, n° 80-12.309, *Bull. civ. I*, n° 323 ; *Defrénois* 1983, p. 33082 ; *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 517, note J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 26 juin 1985, *Defrénois* 1986, p. 33735 ; *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 681, note J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 18 octobre 1994, n° 92-21.735, *Bull. civ. I*, n° 294 ; *Defrénois* 1995, p. 36024, obs. J. Massip ; *RTD. civ.* 1995, p. 600, obs. J. Hauser ; Cass., civ. 1^{ère}, 12 octobre 1999, n° 97-17.018, NP ; *Defrénois* 2000, p. 37179 (2^{ème} esp.), obs. J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, n° 98-20340, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *Defrénois* 2001, p. 37287, obs. J. Massip ; *JCP* 2001, II, p. 10548, note T. Fossier ; *Dr. fam.* 2001, comm. p. 19, obs. P. Salvage-Gerest ; *RTD. civ.* 2001, p. 109, obs. J. Hauser ; Cass., civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004, n° 03-05.056, *Bull. civ. I*, n° 246 ; *JCP* 2005, I, p. 116, obs. T. Fossier ; *AJ. fam.* 2005, p. 20 ; Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010, *Bull. avis*, n° 3 ; *AJ. fam.* 2014, p. 372, obs. H. Mornet ; *RTD. civ.* 2014, p. 336, obs. J. Hauser ; circulaire du 1^{er} juillet 1966 JO 7 juillet 1966, n° 10.

² Surtout si la nature du droit n'est pas clairement définie, ex : E. Gaillard, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984. chron. pp. 161-164.

³ N. Caryol, *Procédure civile*, Dalloz, 2^{ème} éd., septembre 2019, nos 8 et s.

⁴ J. Massip, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Defrénois*, 2009, n° 457, p. 380.

l'instance¹. Cette thèse reposait principalement sur les renvois opérés par l'ancien article 389-5 du Code civil à l'article 408 de ce même Code qui organise, dans son alinéa 2, la représentation en justice du mineur par le tuteur. L'ordonnance du 15 octobre 2015 a abrogé ces renvois sans les remplacer. À ce jour, il n'existe plus de dispositions légales organisant la représentation en justice du mineur qui viendrait conforter cette vision doctrinale unitaire.

340. Le second courant considère que les conditions de validité de l'action varient selon l'objet du litige, de sorte que le droit commun des actions se réduit à quelques prescriptions générales communes. Cette théorie, dite du « droit servant », considère que le droit judiciaire privé n'a d'autre objectif que de prendre « en charge le droit substantiel pour le procès »². Cette idée peut se rapprocher d'un autre courant de pensée qui voit dans l'incapacité des enfants une incapacité de protection visant à limiter les effets négatifs de leur action, avant d'être une incapacité de défiance. La recevabilité de la demande en justice serait donc fonction de la nature ou de l'objet du droit allégué³ ; la capacité procédurale pouvant être indépendante de la capacité personnelle du justiciable. Cette capacité pourrait varier selon la nature ou le domaine auquel appartient le droit revendiqué. Cette vision a pu justifier des assouplissements procéduraux à l'incapacité des mineurs comme, par exemple, lorsque les droits invoqués ont par essence une nature protectrice pour l'enfant si bien que l'instance ne peut constituer un danger pour lui et ne requiert pas de représentation. Cette thèse trouve une illustration dans le cadre de l'assistance éducative où le mineur peut lui-même saisir le juge des enfants pour lui demander d'ordonner des mesures pour restaurer sa protection, interjeter appel des décisions de ce juge, comme choisir un avocat, sous la seule réserve qu'il possède un discernement suffisant pour exercer ces prérogatives⁴. Il en va de même devant la Cour européenne des Droits de l'Homme qui ne prévoit aucune disposition particulière relative à la capacité, si ce n'est la qualité de personne juridique⁵.

341. Là où la première conception offrait une certaine simplicité de l'action en justice détachée de la nature du droit revendiqué, la seconde se révèle plus conforme à l'esprit de la représentation légale issue de l'ordonnance de 2015. Elle peut présenter quelques difficultés, particulièrement au moment de déterminer à quelle sphère appartient le droit de l'enfant-mineur qui fonde l'action. À cela viennent s'ajouter les difficultés de distinction entre l'action du parent qui agit en représentation de son enfant et l'action personnelle de ce même parent pour protéger l'exercice de son autorité parentale. De plus, ces deux objets peuvent se retrouver dans une seule et même instance⁶. Dans ce cas, ce n'est pas le droit personnel du parent qui permet de déterminer la nature patrimoniale ou extrapatrimoniale de l'action,

¹ C. Neirinck, « Le statut juridique des mineurs de 7 à 13 ans », *LPA*, n° 44, 1994, p. 11.

² J. Héron, *Droit judiciaire privé*, par T. Le Bars, éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 6^{ème} éd., 2015, n° 6.

³ R. Solus et H. Perrot, *Droit judiciaire privé, t. 1, Introduction. Notions fondamentales*. Organisation judiciaire, 1961, Sirey, n° 107.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, n° 94-05102, *D.* 1996, p. 420, note A. Gouttenoire ; décret n° 2002-361, du 15 mars 2002, *JO* n° 65, du 17 mars 2002, p. 4860, texte n° 13. Ce constat résulte de la combinaison des articles 375 C. civ., 1186 et 1191 CPC.

⁵ A. Gouttenoire « Mineur », *op. cit.*, nos 229 et s.

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, Éditions René Julliard et autre c. Époux Rossi, *JCP* 1972, II, p. 1729.

mais bien le droit de l'enfant qu'il souhaite protéger. Le parent procède soit en tant que titulaire de l'autorité parentale lorsque le droit invoqué est de nature extrapatrimoniale, soit en tant qu'administrateur légal lorsqu'il s'agit de droits patrimoniaux. Tant que le parent exerce l'autorité parentale dans tous ses attributs, lui seul est en mesure d'exercer la représentation en justice. Étant donné que le droit positif confère au seul parent-mineur l'exercice de l'autorité sur la personne de son enfant et de l'administration sur son patrimoine, il est en capacité de le représenter en justice quelle que soit la nature du droit de l'enfant qu'il souhaite protéger. Les lectures qui considèrent que le parent-mineur serait bien apte à prendre toutes les décisions sur la personne de l'enfant sans pour autant en administrer les biens ou le représenter en justice ne peuvent prospérer sans contribuer à créer une incohérence dans le fonctionnement de l'autorité parentale et de la protection de l'enfant. Tant que les parents exercent seuls l'autorité parentale et la représentation légale, ils sont amenés à représenter leur enfant dans toutes procédures judiciaires où il est partie. Lorsque la représentation légale est partagée entre les parents et un tiers, par exemple en cas de dysfonctionnement de l'administration légale¹, cette situation conduit à une coexistence de différents représentants légaux qui, pour le bon fonctionnement de la protection, requiert de répartir les compétences de représentation pour éviter tout empiètement sur leurs missions et domaines respectifs. Si le parent n'a plus vocation à gérer le patrimoine de l'enfant, le tiers chargé de le substituer dans cette gestion n'a pas vocation à gouverner la personne sans délégation préalable de l'exercice de l'autorité parentale.

2. Le critère de répartition des actions entre les différents représentants légaux de l'enfant-mineur

342. La complexité de la délimitation du domaine de compétence des représentants légaux résulte des difficultés de classification inhérentes aux droits². Le critère de distinction selon lequel les droits patrimoniaux sont évaluable en argent contrairement aux droits extrapatrimoniaux, suffit dans nombre de situations, en raison du phénomène de patrimonialisation des droits de la personnalité³. Les actions qui ont pour objet de défendre l'image, la vie privée, l'intégrité physique et morale, éléments extrapatrimoniaux liés à la personne de leur titulaire, peuvent aboutir à l'attribution d'indemnités de nature purement patrimoniale. Cette indemnisation n'est pas l'objet du droit, mais l'une de ses éventuelles conséquences ; ces actions étant avant tout destinées à protéger la personne. Elles doivent donc être appréhendées selon leurs buts et non en fonction de leurs conséquences. La patrimonialisation n'a pas modifié la véritable nature de ces droits qui demeurent exclusivement

¹ V. *infra* nos 590 s.

² Concernant la délimitation des pouvoirs des représentants dans les incapacités, v. T. Fossier, sous Cass., civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993, 6 avril 1994 et 4 mai 1994, *JCP* 1995, II, p. 22413.

³ P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD. civ.* 1966, p. 210 ; J. Antippas, « Propos dissidents sur les droits dit "patrimoniaux" de la personnalité », *RTD. com.* 2012, p. 35 ; pour une vision générale de la question : J.-M. Brugière, « "Droits patrimoniaux" de la personnalité », *RTD. civ.*, 2016, p. 1.

rattachés à la personne de leur titulaire¹. Leur protection échoit aux parents tant qu'ils exercent l'autorité sur la personne de l'enfant et non à ses administrateurs légaux. Dans le cas contraire, cela peut générer des inconvénients dommageables pour le parent, en donnant la possibilité aux administrateurs chargés de la gestion patrimoniale de s'accaparer l'autorité parentale², qu'ils ne sont pas censés détenir.

343. L'inverse peut également se rencontrer, comme dans la situation des majeurs protégés. Par exemple, la Cour de cassation a estimé que l'expulsion d'une personne protégée de son logement avait un caractère patrimonial et qu'en conséquence la personne devait être représentée à l'action³. La nature extrapatrimoniale s'était posée car l'expulsion en elle-même n'est pas évaluable en argent et la question du logement ne semble pas dénuée de lien avec la personnalité de l'individu qui l'occupe comme défendu par la Cour d'appel et l'avocat général⁴. Malgré la complexité inhérente à cette seconde vision, elle conduit à réfuter l'idée d'une représentation légale monolithique, ainsi que la thèse défendant la spécificité de l'action en justice.

344. En 2015, par la réforme de l'administration légale et la suppression des renvois de l'administration légale à la tutelle⁵, le législateur a renforcé la vision doctrinale d'une représentation en justice fondée sur le droit servant. En raison de la difficulté de lecture des législations par renvois, l'ordonnance n'a pas comblé tous les vides laissés par la suppression de l'article 389-5, et plus précisément sur la question de la représentation en justice. Cette représentation spécifique aurait probablement mérité un article au sein du chapitre premier du titre dixième du Code civil traitant de la minorité⁶. L'article 388-1-1 du Code civil n'est dans ce domaine que d'une utilité relative, car il ne traite que des actes juridiques et laisse encore entendre que l'administrateur légal serait le seul chargé de représenter le mineur. En rapprochant les mécanismes juridiques de l'administration légale et de l'autorité sur la personne, les raisonnements fondés sur l'analogie de la représentation de l'administrateur légal et celle de l'action en justice ne trouvent plus de fondement, faute de pouvoir transposer au parent les compétences d'un tuteur, simple représentant de l'enfant qui ne dispose pas de l'autorité requise pour prendre toutes les décisions relatives à son entretien et à son éducation, y compris

¹ Ex. : CA. Paris, 1^{ère} ch. A, 25 avril 2000, *D.* 2000, p.187, sur le droit à l'image ; v. aussi : X. Agostinelli, « "Lorsque l'enfant paraît..." : La protection civile de l'image des enfants mineurs », *LEGICOM* 2007/1 (N° 37), pp. 13-21. DOI 10.3917/legi.037.0013 ; concernant la possibilité reconnue à un parent majeur d'interjeter personnellement appel d'une décision d'assistance éducative : CA Amiens, 8 novembre 2007, *Dr. fam.* 2008. comm. p. 64, note T. Fossier ; Cass., civ. 1^{ère}, 06 novembre 2013, n° 12-23766, *Bull.* 2013, I, n° 217, *AJ. fam.* 2013, p. 717, obs. T. Verheyde ; *D.* 2014, p. 467, note G. Raoul-Cormeil ; *RTD. civ.* 2014, p. 84, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2014, comm. p. 9, obs. I. Maria ; J.-J. Lemouland, D. Noguéro, J.-M. Plazy « Majeurs protégés », *D.* 2014, p. 2259.

² V. J. Poirret, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, *op. cit.*, pp.147 et s, nos 149 à 152.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, n° 08-16835 et n° 08-16836, *Bull. civ.* 2009, I, n° 243 ; *AJ. fam.* 2010, p. 87, obs. L. Pécaut-Rivolier.

⁴ Selon les conclusions de l'avocat général : « l'action en expulsion à laquelle résistait la majeure protégée ne présente aucun des critères qui puisse la classer parmi les actions relatives à ses droits patrimoniaux » ; J. Hauser « Le tuteur et les actions en justices une distinction pérenne », *RTD. civ.* 2010, p. 82.

⁵ Ordonnance, n° 2015-1288, 15 octobre 2015, *op. cit.*

⁶ À noter que l'article 388-1 C. civ. ne traite que des procédures où l'enfant est concerné et non celles où il est partie ; v. *infra* n° 350.

dans le cadre d'une tutelle plénière¹. La distinction entre la représentation légale exercée par les deux parents et le parent seul est effacée. L'organisation de la représentation en justice ne prend plus en considération l'organisation familiale, sauf à créer une discrimination fondée sur le parent, ce à quoi le législateur a souhaité mettre fin en 2015.

345. Pour combler le vide laissé par l'ordonnance, une solution pourrait être trouvée dans un parallélisme des formes et par l'application de la théorie du droit servant. Les conditions de validité de l'action deviennent identiques à celles fixées pour l'exercice du droit objet du litige. C'est notamment ce que l'on retrouve déjà en matière prud'homale, face à un salarié mineur, dont la capacité procédurale correspond à la capacité qui lui est reconnue pour la conclusion du contrat de travail (objet du litige)². Ce raisonnement permet de mettre en cohérence la représentation *ad agendum* avec le caractère transversal de la représentation légale. Il pourrait également expliquer la capacité procédurale des mineurs qui était jusqu'à présent occultée par l'analogie réalisée avec l'administration légale et la tutelle, renforcée par la thèse selon laquelle l'action en justice serait indépendante du droit qu'elle mobilise. La vision du droit servant permet de voir le parent-mineur, comme le représentant naturel de son enfant dans les procédures qui le concernent. Elle présente également l'avantage de reconnaître aux parents-mineurs la capacité requise pour protéger en justice leurs droits personnels qui échappent à leur protection juridique. Leur statut de parent et l'autonomie qui en résulte, permet aux parents-mineurs de mobiliser leurs droits en justice pour préserver ou d'organiser l'autorité parentale qu'ils exercent sur leur enfant.

§ 2 : Le rôle procédural du parent-mineur subordonné à la nature du droit mobilisé

346. « Les modes de participation du mineur aux procédures judiciaires sont d'une intensité variable selon le poids que sa volonté revêt dans le contexte judiciaire »³, en dépit de leur incapacité juridique, les mineurs ne sont pas totalement exclus des procédures qui les concernent. Bien que la qualité de partie ne leur soit pas toujours attribuée, ils bénéficient d'un droit à être entendus par le juge à chaque fois que la décision les concerne (**A**). Cette participation reconnue à tous mineurs est insuffisante lorsqu'ils exercent personnellement les droits mobilisés dans le cadre de l'instance en raison de leur

¹ L'article 408 C. civ., attribue au tuteur la représentation légale de l'enfant dans tous les actes de la vie civile ainsi qu'en justice, le conseil de famille n'étant qu'un organe de décision. Ce raisonnement ne peut prospérer si le parent conserve l'exercice d'une partie de son autorité parentale notamment sur la personne. Le tuteur aux biens n'a pas vocation à substituer le parent dans la représentation extrapatrimoniale de l'enfant qui demeure de sa compétence. Dans cette hypothèse, les père et mère ne peuvent voir leur rôle restreint à celui qu'occuperait le conseil de famille et abandonner la représentation de l'enfant au seul tuteur ; v. *infra* n°s 597 s.

² L'assistance du mineur salarié lors de la conclusion du contrat se retrouve également en matière procédurale devant les prud'hommes : Art. L. 1453-1 CT ; A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, n°s 241 s. ; P.-Y. Verkindt, « Le droit des revenus professionnels du mineur », in, *l'enfant, la famille et l'argent*, F. Dekeuwer-Defossez (dir.), LGDJ, 1991, p. 77.

³ A. Gouttenoire, « Les modes de participation des mineurs aux procédures qui le concernent », *Dr. fam.* 2006, étude n° 29.

caractère éminemment personnel. La nature éminemment personnelle de ces droits s'étend à la capacité d'*ester* en justice pour leur mise en œuvre¹ ainsi qu'à leur protection (B).

A- L'association du parent-mineur aux procédures qui le concernent

347. La place du parent-mineur dans les procédures qui le concernent est la même que celle des autres mineurs. Elle présente une certaine similitude avec celle qui lui est également accordée concernant les décisions prises sur sa personne. L'enfant se voit reconnaître la possibilité d'être entendu lors de la procédure pour éclairer la décision judiciaire. Cependant, là où il ne s'agissait que d'une modalité de l'exercice de l'autorité parentale, le droit d'être entendu du mineur est un droit qui lui est personnel chaque fois qu'il en fait la demande (1). En dépit de ce droit, le mineur, demeure ici le sujet extérieur d'une procédure judiciaire où son parent est chargé de le représenter (2).

1. Le droit du parent-mineur d'être entendu dans les procédures qui le concernent

348. En grandissant, le mineur se forge une volonté propre qui vient progressivement concurrencer celle de son parent². Il convient de l'associer aux décisions quelle qu'en soit la nature afin que la minorité soit véritablement la période d'apprentissage progressive de l'autonomie voulue par le droit. L'instance judiciaire n'échappe pas à cette règle car elle s'inscrit dans un processus décisionnel dont la portée se répercute sur sa vie et son avenir, qu'il soit personnellement partie à l'instance, ou qu'il s'agisse d'organiser les modalités d'exercice de l'autorité parentale dont il est l'objet. Dès 1975, la loi a considéré qu'il était loisible au juge d'entendre l'enfant dans les instances de divorce³, pour autant, cette audition n'était pas envisagée comme un droit de l'enfant, mais une possibilité offerte au juge avec une portée limitée à certaines procédures encadrées par des textes spécifiques. L'enfant était encore appréhendé comme le sujet passif de sa protection substitué à la procédure par son représentant légal. Cette conception ne pouvait demeurer en l'état face à l'acquisition progressive du discernement par l'enfant et l'évolution engagée par les législations sur l'incapacité, la personne protégée ne pouvant plus disparaître entièrement derrière sa protection.

349. Il faudra attendre l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant⁴ pour qu'il passe du statut d'objet de protection à sujet de sa protection. Ses droits sont appréhendés comme des droits de l'homme vus à travers le filtre de l'enfance, y compris en matière procédurale⁵. Autrement dit,

¹ G. Raoul-Cormeil « Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'*ester* en justice pour leur mise en œuvre », *D.* 2014, p. 467.

² V. *supra* nos 78 s. (secret médical), nos 313 s. (actes usuels).

³ Loi du 11 juillet 1975, n° 75-617, *JO* 12 juillet 1975, *D.* 1975, p. 247 qui a offert la faculté pour le juge d'auditionner l'enfant dans le cadre de la nouvelle procédure de divorce. Renforcée par la Loi du 22 juillet 1987, n° 87-570 *JO* 24 juillet 1987, *D.* 1987, p. 319, qui a imposé cette audition pour le juge à l'égard des enfants de plus de 13 ans du couple qui souhaite divorcer.

⁴ Convention internationale des Droits de l'Enfant, 20 novembre 1989.

⁵ A. Gouttenoire, « Mineur », in *Rep. proc. civ., op. cit.*, n° 5 ; v. aussi : Défenseur des droits, *L'enfant et sa parole en justice*, rapport du 20 novembre 2013, La doc. fr.

l'enfant est envisagé comme une personne juridique dont la capacité fait l'objet d'aménagements pour sa protection et non plus comme un objet de la protection de son parent. À cette occasion, la convention reconnaît explicitement aux mineurs une liberté d'expression identique à celle de tout sujet de droit¹. Dans son article 12, il est prévu que « les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». L'article précise dans son second alinéa qu'il est important de donner « à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ».

350. Si dans un premier temps, la Cour de cassation² comme le Conseil d'État³ ont pu refuser l'application directe de cette disposition en droit interne avant de procéder à un revirement de leur jurisprudence respective en 2005⁴ et 2008⁵, ce refus était compensé par la transposition de l'article 12 de la convention des droits de l'enfant dans l'article 388-1 du Code civil⁶. La loi française garantit à l'enfant un droit général à être entendu dans toutes les procédures qui le concernent⁷, s'il en formule la demande et sous réserve de son discernement. La protection ne peut plus occulter totalement son protégé en matière procédurale. Le droit d'être entendu résulte de la liberté d'expression qui revêt un caractère personnel à chaque individu. Le caractère personnel de cette liberté permet de conférer aux droits qui en organisent l'exercice, une nature similaire qui permet d'écarter le recours à la représentation ou assistance⁸. L'expression de la volonté de l'enfant marque profondément les mécanismes de sa protection, tant en matière personnelle que patrimoniale⁹.

¹ Sur les fondements internationaux du droit d'être entendu dans les procédures qui le concernent ; v. P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, pp.683 à 690, nos 1137 à 1147 ; sur la place de l'enfant dans les procédures judiciaires : A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse dactyl., Lyon III, 1994.

² Cass., civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, « Lejeune », *D.*1993 chron. p. 203, obs. M.-C. Rivier.

³ CE 3 juillet 1996, « Paturel », *JCP* 1996, I, p. 2279, obs. Ch. Rouault.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-20613, *D.* 2005, p. 1909, note V. Egéa.

⁵ CE 27 juin 2008, Mme Étarh, « panorama droits de l'enfant » *D.* 2009, p. 1918, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *AJ. fam.* 2008, p. 342, obs. F. Chénéde.

⁶ Loi du 8 janvier 1993, n°93-22, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales *JO*, 9 janvier 1993, p. 495.

⁷ V. circulaire du 3 juillet 2009, CIV/10/09, elle dresse une liste non exhaustive dans lesquelles le droit de l'enfant d'être entendu est susceptible d'une mise en œuvre. Parmi lesquelles : toutes les procédures relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale entre les parents, les procédures en matière de filiation, de subsides et d'adoption, la procédure de changement de prénom de l'enfant.

⁸ Ex. en dehors du domaine procédural : le droit de manifester, la liberté d'association ou celle de se syndiquer

⁹ F. Picod et F. Burgorgue-Larsen (dir.), *Commentaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Article 24 relatif aux droits de l'enfant, éd. Bruylant 2005, p. 332 ; O. Matocq et T. Dupé, « La parole de l'enfant en justice après la convention de New York », in *Mélanges D. Huet-Weiller*, 1994, 309 ; N. Fricero, « Ratification de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants : une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans », *RJPF* janvier 2008, p. 8.

351. L'article 388-1 du Code civil rejoint d'une certaine manière¹ l'article 371-1 alinéa 4 de ce même Code qui demande à ce que l'enfant soit associé aux décisions qui le concernent². L'autorité parentale ne désigne pas seulement les droits attribués aux parents sur l'enfant, elle a également vocation à organiser les relations familiales, elle ne peut donc faire l'impasse sur l'écoute de l'enfant par ses parents³. L'article 371-1 alinéa 4 ne formule qu'un souhait destiné à inciter le parent à exercer son autorité par l'instauration d'un dialogue avec lui, contrairement à l'article 388-1 qui lui reconnaît un droit personnel à être entendu, opposable tant aux parents qu'aux juges.

352. Cette audition s'étend aux procédures qui organisent l'exercice des droits parentaux. L'audition a été prévue en matière procédurale comme un droit de l'enfant. Le juge se doit de « prendre en compte la demande d'audition de l'enfant »⁴ et son refus ne peut être fondé que sur « son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas »⁵. L'enfant ne dispose pas de recours contre l'appréciation du juge qui estimerait son discernement ou son lien à la procédure comme insuffisants, sauf à ce que les parents attaquent la décision rendue au fond devant la Cour d'appel qui pourra procéder à l'audition.

353. L'enfant n'est pas le seul admis à demander son audition, les parties peuvent souhaiter qu'il soit entendu (le plus généralement les parents). Dans ce cas, le juge n'est pas obligé d'y faire droit lorsqu'il estime que l'audition n'est pas indispensable à la résolution du litige, ou qu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant⁶. Lorsque la demande d'audition n'émane pas directement de l'enfant, il n'est plus question de l'exercice d'un droit personnel à être entendu, mais d'une simple modalité d'information du juge sur le litige, offerte aux parties. Le juge dispose dans ce cas d'une plus grande facilité pour refuser une demande formulée par une personne autre que l'enfant, car elle n'est plus de droit. L'audition du mineur ne doit pas dériver en un moyen au service de l'adulte destiné à instrumentaliser son véritable titulaire : l'enfant.

354. Ce droit illustre à nouveau la théorie du droit servant, car la procédure s'exerce dans les mêmes conditions que le droit qui en fonde l'action. La notion de discernement devient encore ici une source de difficultés. Contrairement aux parents qui vivent aux côtés de l'enfant, le juge est amené à apprécier sa maturité avant même son audition. Concrètement, à ce moment de la procédure le mineur est

¹ À ceci près que l'article 371-1 al. 4 C. civ. n'est pas un droit reconnu à l'enfant mais une modalité d'exercice de l'autorité parentale laissée à la discrétion du parent faute de sanction.

² E. Bazin, « De l'audition du mineur dans la procédure relative à l'autorité parentale », *Gaz. Pal.* 2014, p. 2137.

³ Défenseur des droits, *L'enfant et sa parole en justice*, *op. cit.*, p. 15.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *op. cit.*

⁵ Art. 338-4 CPC.

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *op. cit.*

totale absent des débats et le juge ne le rencontre pas¹. Il ne peut théoriquement pas se baser exclusivement sur son seul âge pour refuser sa demande d'audition². En principe, faute d'avoir rencontré préalablement, le juge ne devrait pas s'y opposer. L'audition offre une voie intermédiaire qui permet aux mineurs d'exposer leurs sentiments dans l'exercice de leur protection. Par ce droit, un parent-mineur pourra demander à ce que son statut de parent et les obligations qui en découlent soient pris en compte par le juge au moment de rendre sa décision. De cette façon, l'audition offre un moyen détourné permettant d'organiser l'exercice des différentes autorités parentales existantes dans la sphère familiale pour veiller à leur coexistence (fixation de la résidence habituelle du parent-mineur et de son enfant, des différents droits de visite et d'hébergement, du montant de la contribution à l'entretien et l'éducation due par le parent qui n'a pas la résidence...).

355. Le droit à être entendu n'attribue pas aux mineurs une véritable capacité juridique personnelle. Dans le cas d'une procédure intentée devant le juge aux affaires familiales par ses parents, il est question d'organiser un droit dont seuls les parents du parent-mineur sont titulaires³. Le parent-mineur n'a pas qualité pour agir et l'audition s'inscrit dans le conflit ou du moins dans la volonté parentale qui fonde l'action. Ce constat peut être étendu aux procédures portant sur un droit dont le parent-mineur est personnellement titulaire mais dont l'action a été exercée par représentation. Le parent-mineur est ici substitué par ses parents. Ils prennent alors toutes les décisions et réalisent tous les actes nécessaires au bon déroulement de la procédure qu'ils ont initiée. Le droit d'être entendu ne reconnaît aucune capacité procédurale aux parents-mineurs, car il n'est pas possible pour eux de provoquer une action en justice dans le seul but de se faire entendre du juge. Cette restriction fait du mineur un sujet périphérique de l'instance judiciaire, car représenté par ses parents.

2. Le parent-mineur sujet extérieur aux procédures judiciaires qui le concernent

356. La situation des mineurs comme des parents-mineurs en matière procédurale présente de nombreuses similitudes avec la place qui leur est accordée dans l'exercice de leurs droits personnels et leur articulation avec l'exercice de l'autorité de leurs parents. En matière procédurale, qu'ils soient tiers ou parties, l'intervention des mineurs a pour objectif de faciliter la détermination de leur intérêt par le juge qui demeure libre de l'apprécier, tout comme ses parents dans l'exercice de leur autorité parentale.

¹ Défenseur des droits, *L'enfant et sa parole en justice*, *op. cit.*, pp. 35 et 36 : « Si le discernement est communément entendu comme la capacité à apprécier avec sagesse et clairvoyance une situation, sa détermination nécessite une appréciation subjective et commande de vérifier les capacités intellectuelles de l'enfant. La difficulté résulte de la nécessité de procéder à cette vérification avant l'audition, alors même que l'enfant est absent des débats et n'est donc pas connu du juge. [...] Il en résulte une certaine souplesse et une adaptation louable à chaque situation mais également une imprévisibilité des décisions judiciaires et une disparité territoriale. ». Il recommande que le discernement soit évalué *in concreto* non seulement en fonction de l'âge et des aptitudes réelles de l'enfant mais aussi en tenant compte du contexte dans lequel il évolue.

² Cass., civ. 1^{ère}, 18 mars 2015 n° 14-11392 : « en se bornant à se référer à l'âge du mineur, sans expliquer en quoi celui-ci n'était pas capable de discernement, et par un motif impropre à justifier le refus d'audition, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale », obs. J. Hauser, *RTD cin.* 2015.352.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Bull. cin.* 1995, I, n° 2, *Deffrénois* 1995, art. 36145, obs. J. Massip ; *Bull. inf. C. cass.*, 1^{er} mai 1996, n° 429, p. 28 ; *RTD cin.* 1996, p. 382, obs. J. Hauser. ; Cass., ch. mixte, 9 février 2001, *op. cit.*

L'audition de l'enfant même obligatoire « se situe à la périphérie de l'instance puisqu'elle exclut toute relation procédurale avec les prétentions des parties. [Elle] est ainsi indépendante de l'exercice par les parties, de leur droits substantiels ou procéduraux »¹. La procédure échappe aux mineurs, soit parce qu'ils ne sont pas titulaires des droits mobilisés, soit parce que la protection de leurs droits de nature simplement personnelle ou patrimoniale relève de l'exercice de l'autorité parentale. La protection du droit du mineur est en principe exercée par représentation et résulte d'une décision d'autorité, comme le droit lui-même qui est occulté par l'autorité parentale². L'audition n'offre au mineur que l'opportunité d'exprimer un avis personnel avant l'organisation des modalités d'exercice d'un droit qui est susceptible d'avoir un impact sur son existence³. Il revient au juge dans son pouvoir d'interprétation souverain d'apprécier la valeur de cette parole⁴. Qu'il soit titulaire ou non du droit substantiel invoqué, sa place est cantonnée à une aide à l'appréciation de son intérêt et non à l'exercice du droit lui-même. La législation qui encadre l'audition cherche à l'intégrer dans un processus décisionnel, sans pour autant l'impliquer dans les conflits qui en résultent et dont il peut être lui-même l'enjeu. L'enfant est physiquement présent à la procédure sans y être toutefois partie prenante, illustrant le fragile équilibre sur lequel repose sa protection. Au final, il s'agit comme en matière d'autorité de permettre à l'enfant d'exprimer son ressenti face à une décision qu'il ne maîtrise pas, créant une situation qui pourra lui être imposée et qui sera toujours mieux vécue lorsqu'il a eu la possibilité d'exposer son point de vue quand bien même celui-ci n'aurait pas été retenu⁵. L'idée directrice est de ne pas dissimuler la personne derrière sa protection.

357. Concrètement, lorsque le mineur est tiers à l'instance, il ne sera pas visé par les actes procéduraux qui sont exclusivement adressés aux titulaires des droits subjectifs fondant l'instance. Lorsqu'il s'agit par exemple d'une procédure intentée devant le juge aux affaires familiales pour organiser l'exercice des droits parentaux, les actes de procédures seront accompagnés d'un avis rappelant l'obligation des parents d'informer l'enfant de son droit à être entendu et de sa possibilité d'en faire la demande. Contrairement à certaines législations comme en Écosse qui ont fait le choix de notifier directement ce droit à l'enfant⁶, la France a décidé de confier cette charge aux parents. De fait, l'effectivité de ce droit à être entendu est conditionnée à la diligence de ses représentants légaux. En

¹ P. Bonfils et A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1199, p. 717

² L'audition de l'enfant « audition » s'inscrit en principe dans le cadre de procédures dans lesquelles le mineur n'est pas partie, ses droits-subjectifs n'étant pas mis en cause dans la procédure » : A. Gouttenoire, Colloque "Enfant et justice", « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *Dr. fam.*, juillet-août 2006, n° 29, pp. 6 et s., spéc. n° 8.

³ *Ibid.* ; v. également : J. Castagnède, « L'avis de l'enfant mineur dans le divorce de ses parents », *D.* 1992, chron., p. 121.

⁴ En pratique, les décisions prises par les magistrats se révèlent majoritairement en conformité avec la volonté exprimée par l'enfant ; v. E. Bazin, « De l'audition du mineur dans la procédure relative à l'autorité parentale », *op. cit.* ; M. Juston « Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leur besoins », *AJ. fam.* 2009, p. 320 ; la Cour de cassation a rappelé que le juge aux affaires familiales ne peut subordonner sa décision organisant les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement du père à la volonté des enfants (Cass., civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, *Bull. civ.* I, n° 276, *Dr. fam.* 2008, n° 17, obs. Murat, Panorama « Droit de l'enfant », *D.* 2009, p. 1918, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n° 11-22770, *Dr. fam.* 2013, comm. p. 68, obs. C. Neirinck)

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *op. cit.* ; E. Bazin, « De l'audition du mineur dans la procédure relative à l'autorité parentale », *op. cit.*

⁶ L. Francoz-Terminal, *op. cit.*

théorie, lorsque les parents ne souhaitent pas informer l'enfant de l'existence d'une procédure le concernant et par conséquent de son droit à être entendu, ils doivent introduire une demande en ce sens auprès du juge, qui en fonction des arguments invoqués, décide d'informer ou non l'enfant. En pratique cette procédure n'est respectée qu'en cas d'opposition entre les parents sur la question. Lorsqu'ils s'accordent pour ne pas l'en informer, l'enfant ne dispose concrètement d'aucune autre source d'information. Cela suffit à faire obstacle à l'exercice de son droit. L'audition de l'enfant découle en pratique, non pas d'une volonté de l'enfant ou du juge, mais d'une décision réalisée dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale¹. Il devient loisible pour les parents de maintenir l'enfant dans l'ignorance des procédures qui le concernent.

358. Cette situation amène quelques critiques, car le caractère personnel du droit devrait lui permettre d'être entendu seul, en présence d'un avocat ou d'une personne de son choix². Si la loi impose au magistrat de constater l'effectivité de cette information, en pratique, cette vérification peut se faire par tout moyen. Concrètement, le juge peut se baser sur les propos et les attestations fournies par les représentants légaux de l'enfant³. Autrement dit, sur les éléments apportés par les personnes qui peuvent avoir tout intérêt à ce que l'enfant ne soit pas auditionné. Ce constat peut être étendu aux droits attribués à l'enfant lorsqu'ils sont de nature simplement personnelle ou patrimoniale et qui relèvent par nature de l'exercice de l'autorité parentale. En tant que représentants légaux, ses parents sont amenés à prendre sa place à l'instance. Ce rôle revient soit à l'administrateur légal, soit au titulaire de l'autorité en fonction de la nature patrimoniale ou extrapatrimoniale du droit mobilisé. Les actes de procédures seront adressés au domicile de ses représentants qui est celui des parents. La place des mineurs dans les procédures qui les concernent est toute relative et leur éventuel statut de parent n'a aucune incidence sur ce point. L'effectivité d'un droit qui théoriquement repose sur la volonté exclusive de son titulaire se voit court-circuitée par la volonté de ses parents⁴. En cas de conflit d'intérêts ceux-ci ont la possibilité de contraindre l'enfant au silence. Pourtant, à s'en tenir aux termes de l'article 338-2 du Code de procédure civile « la demande doit être présentée au juge par l'intéressé » (l'enfant lui-même)⁵ et l'alinéa 2 de l'article 388-1 du Code civil précise qu'il « peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix ». L'audition en tant que droit de l'enfant⁶ est liée à sa personne, car c'est son avis qui est recherché et non celui de ses représentants. La personne accompagnant⁷ l'enfant le jour de l'audition n'a pas vocation à le représenter dans son droit ou dans ses intérêts ni à pallier l'absence de ses parents.

¹ P. Bonfils et A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1171, pp. 699 et 700.

² Art. 388-1 al. 2 C. civ.

³ Défenseur des droits, *L'enfant et sa parole en justice*, *op. cit.*, p. 32.

⁴ *Ibid.*, recommandation n° 5.

⁵ Bien que les parties puissent aussi le demander, l'audition change de nature et devient une simple volonté de renseigner le juge et non plus un droit de l'enfant.

⁶ C'est-à-dire lorsque la demande d'audition émane de l'enfant lui-même. Dans le cas contraire il ne s'agit plus du droit de l'enfant à être entendu mais un moyen d'informer le juge offert aux parties à la procédure.

⁷ V. sur la notion d'accompagnement : *infra* n° 772.

Son rôle se rapproche davantage de la personne de confiance¹ consacrée à l'article L. 1111-6 du Code de la Santé publique², que du représentant légal. Il est ici question de recueillir les sentiments de l'enfant détachés de toute influence parentale³, l'avocat doit rester relativement passif lors de l'audience et laisser le mineur s'exprimer quand bien même il contredirait ce qu'il avait affirmé auparavant dans son cabinet⁴. L'autorité, la représentation légale, l'assistance par l'avocat des parents, la désignation de l'avocat de l'enfant par ses représentants légaux, voire la nomination d'un administrateur *ad hoc*⁵ (bien qu'utile en pratique), apparaissent juridiquement infondées et contraires à l'esprit de la loi. Pour faciliter le recours autonome à l'avocat, la loi du 8 janvier 1993 a accordé l'aide juridictionnelle⁶ à tous les mineurs qui souhaitent être entendus dans les conditions de l'article 388-1 du Code civil, même si cet accompagnement n'est pas obligatoire et sans considération des ressources des parents. Au même titre que l'audition ou que tout autre droit reconnu à l'enfant, ceux-ci ne peuvent être exercés que s'il dispose d'un discernement suffisant. L'absence de discernement entraîne une incapacité, que le parent ne peut compenser qu'en demandant l'audition de l'enfant à titre personnel et non en revendiquant l'exercice d'un droit qui échappe à son autorité⁷.

359. En dehors de l'audition, les droits substantiels et procéduraux demeurent attribués en toute hypothèse, soit à leur titulaire lorsqu'il ne s'agit pas de l'enfant, soit à son représentant légal lorsque le mineur est partie à l'instance. Sa place dans la procédure reflète celle qui lui a été attribuée dans le cadre de sa protection. La représentation légale fait écran entre l'exercice d'un droit et son titulaire mineur lorsqu'il n'est pas absorbé par l'autorité de ses parents. En raison de cette similitude, la représentation procédurale connaît les mêmes limites que l'autorité et la représentation légale, celles-ci s'effacent en présence d'un droit substantiel fortement lié à la personne de son titulaire. Cette proximité comme en matière d'exercice conduit à accorder aux enfants capables de discernement une sphère de capacité leur permettant d'*ester* en justice.

¹ CCNE, avis n° 58, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche*, 12 juin 1998.

² Sur le rôle de la personne de confiance : P. Lokiec, « Personne de confiance », *RDSS* 2006, p. 865 ; il convient de préciser que la loi ne permet qu'aux personnes majeures de désigner un tiers de confiance. Cette restriction concernant les personnes mineures s'explique en raison de la concurrence que générerait une telle désignation avec les parents de l'enfant. Les mineurs n'ont théoriquement pas besoin de recourir à une personne de confiance car ils disposent déjà de leurs parents qui détiennent sur eux des prérogatives que ne détiendra jamais la personne de confiance. L'intervention de la personne de confiance n'est pertinente à l'égard des mineurs qu'en cas d'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents. L'article 388-1 du Code civil aurait donc pu citer également l'administrateur *ad hoc* au nombre des personnes pouvant accompagner le mineur dans le cadre de son audition.

³ Ce qui est généralement désigné comme un « conflit de loyauté » quand l'enfant ne peut exprimer ses sentiments de peur de nuire à l'un de ses parents, ou une « emprise parentale » lorsque l'enfant ne fait que reprendre à son compte le point de vue formulé par l'un de ses parents.

⁴ V. P. Bonfils et A. Gouttenoire, « Droit des mineurs », *op. cit.*, n° 1194, pp. 714 et 715 ; J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* 1994, I, p. 3739 : l'avocat de l'enfant plus encore que le juge ou ses propres parents se doit d'« éviter le paternalisme juridique et ne pas décider à sa place », cité par : A. Gouttenoire « Mineur », in *Rep. proc. civ.*, *op. cit.*, n° 259.

⁵ V. recommandation n° 7 du rapport du Défenseur des droits *op. cit.*

⁶ Loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, n° 91-647, article 9-1 créé par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, article 54, *JO* 9 janvier 1993.

⁷ Pour une proposition visant à faire évoluer le droit sur la question, v. J.-P. Rosenczveig (dir.), *De nouveaux droits pour l'enfant ? Oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, 29 janvier 2014, La doc. fr., p. 127, proposition n° 1.75 pour que l'enfant puisse bénéficier, dans ce cadre, d'une présomption de discernement.

B- La limite de la représentation procédurale du parent-mineur

360. Pour la même raison que l'exercice d'un droit éminemment personnel n'appartient qu'à son titulaire, sa protection ne pourra être assurée par représentation, constituant des « îlots de capacité »¹ parmi lesquels figure celle reconnue au parent-mineur² en vertu de son statut parental. Comme toute personne juridique, ce raisonnement permet d'attribuer aux mineurs une véritable sphère de capacité procédurale indépendante de celle de leurs parents, comme en matière de filiation (1). En raison de leur minorité, la protection comme l'exercice des droits dont les parents-mineurs sont titulaires font l'objet d'un aménagement spécifique pour assurer leur effectivité, et éviter que leur régime de protection puisse se retourner contre eux et fasse obstacle à la protection de leurs droits (2).

1. *L'exclusion de la représentation procédurale dans l'exercice des droits et actions de nature éminemment personnelle*

361. La loi attribue aux mineurs une capacité procédurale exceptionnelle qui leur permet de défendre personnellement leur droit en justice. Même exceptionnelle, cette capacité reste conditionnée à leur discernement³, comme en matière d'assistance éducative⁴. La protection du mineur par l'autorité parentale est ici potentiellement défaillante, ce qui peut conduire le juge à protéger l'enfant de ses parents. C'est la raison pour laquelle l'enfant n'est plus soumis dans ce cadre ni à l'autorité ni à la représentation légale de ses parents en raison des difficultés qu'ils rencontrent dans l'exercice de leurs droits. En dépit de la défaillance de la protection parentale, celle-ci n'est pas substituée par une autre protection chargée de la représentation de l'enfant. La jurisprudence a reconnu aux mineurs, par interprétation des articles 375 du Code civil, 1186 et 1191 du Code de procédure civile, la qualité de partie à l'instance⁵. En devenant personnellement partie, toute représentation devient superflue⁶. Cette spécificité s'explique par la nature même de la protection éducative qui a pour seul objectif la préservation des intérêts de l'enfant confronté à un danger ou face à un risque de danger avéré⁷. La protection des droits et intérêts de l'enfant n'est plus obligatoire, car cette protection imprègne la nature même de l'instance et guide chacune des décisions prises par le juge dans ce cadre.

¹ A. Gouttenoire « Les modes de participation de l'enfant aux procédures qui le concernent », *Dr. fam.* 2006, étude n° 29, spéc. n° 12.

² *Ibid.*

³ Sur la notion de discernement et son appréciation, v. *infra* nos 725 s.

⁴ V. Décret, du 15 mars 2002, n° 2002-361, modifiant le nouveau Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative, *JO* n° 65 du 17 mars 2002, p. 4860, texte n° 13.

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, n° 94-05102, *D.* 1996, p. 420, note A. Gouttenoire.

⁶ La jurisprudence tend à accepter la nomination d'un administrateur *ad hoc* dans ces procédures dès lors que l'enfant ne dispose pas du discernement suffisant. Tendance qui tend à s'étendre aux procédures où l'enfant n'est pas partie. Ce qui est critiqué par la doctrine comme un détournement du rôle de l'administrateur *ad hoc* : v. C. Neirinck « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *JCP G.* n° 20, 17 mai 2000, doctr. 228, n° 10 : « Ainsi il ne sert à rien de constater une opposition d'intérêt entre l'enfant et son représentant légal lorsque le mineur n'a pas à être représenté dans l'instance, c'est-à-dire lorsqu'il n'est ni demandeur ni défendeur. [...] l'enfant n'a aucune qualité pour y intervenir et n'a donc pas à être représenté. »

⁷ Sur les critères conditionnant l'intervention de la protection de l'enfance v. *infra* nos 397 s.

Cette spécificité permet à l'enfant de saisir personnellement le juge des enfants pour restaurer la protection qu'il est en droit d'attendre de ses parents et de la société.

362. En dehors de ces éventualités, le mineur dispose d'une capacité procédurale personnelle, qui dépend moins des circonstances comme devant le juge des enfants, que d'un parallélisme des formes respectant les modalités d'exercice du droit mobilisé. C'est le cas lorsque le droit invoqué touche à la sphère d'intimité de la personne. L'intensité de ce lien permet de lui conférer une capacité procédurale qui n'est que l'attribut de la capacité juridique requise pour la conclusion des actes, et donc de l'aptitude à décider¹. Il existe des actions dont la nature est éminemment personnelle et dont l'exercice est strictement limité au titulaire du droit mobilisé. Elles ne peuvent être ni cédées² ni exercées par les parents. Pour exemple, l'article L. 1453-1 du Code du travail prévoit une assistance du mineur ou à défaut une autorisation du tribunal à agir seul lors des instances prud'homales. À cette occasion, le mineur est personnellement partie à l'instance et ses parents ne font que l'assister³. Ces modalités renvoient directement à celles dégagées par la jurisprudence pour la conclusion du contrat de travail d'un salarié mineur. La Cour de cassation, dans un arrêt de 1926⁴, a considéré que le consentement personnel du mineur était obligatoire pour permettre au lien de subordination de se créer, car il ne saurait être admis que le parent puisse engager l'enfant dans une relation de travail contre son gré⁵. En raison de la dangerosité du contrat pour les intérêts du mineur, la Cour a substitué l'autorité et la représentation du parent par une « simple » assistance. Cette substitution se retrouve, point par point, en matière procédurale. La Cour base son raisonnement sur le constat que du côté du salarié, le contrat de travail et les droits qui en découlent sont marqués par un aspect intime et personnel. Si le salarié accepte de se soumettre à l'autorité de son employeur en mettant à sa disposition sa capacité de travail physique ou intellectuelle, le lien n'est pas suffisamment fort pour exclure tout mécanisme de protection. Plus le droit substantiel mis en cause se rapproche de la sphère d'intimité et de ce qui constitue l'essence même de la personne de son titulaire, plus sa protection s'effacera au profit d'une capacité juridique personnelle. La capacité procédurale des mineurs, se retrouve principalement cantonnée à la sphère extrapatrimoniale où se situe l'intimité des personnes, dont le noyau dur est constitué des droits de

¹ V. *supra* nos 208 s. (extrapatrimoniale), nos 278 s. (patrimoniale).

² V. Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 2006, n° 04-10231, *Bull.* 2006, n° 433, p. 372. En l'espèce, la Cour de cassation rappelle que « la cession de créance transfère au cessionnaire les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée et, notamment, sauf stipulation contraire, l'action en responsabilité, contractuelle ou délictuelle, qui en est l'attribut, fondée sur la faute antérieure d'un tiers, dont est résultée la perte ou la diminution de la créance, à l'exclusion des actions extrapatrimoniales, incessibles ou strictement personnelles au cédant ».

³ Sur la notion d'assistance : v. *infra* n° 758.

⁴ Cass., civ. 10 février 1926, *D.* 1927, p. 20.

⁵ C. Neirinck « Enfance », in *Rep. civ., op. cit.*, n° 738.

nature éminemment personnelle¹. L'article 458 alinéa 2 du Code civil² qui concerne les majeurs protégés offre une liste non exhaustive d'actes dont la nature est réputée éminemment personnelle et dont l'exercice est strictement personnel, si bien qu'aucune autre personne que leur titulaire n'est en mesure de les exercer³. Ces droits et les actions qui en sont les attributs, échappent aux mécanismes de protection qui permettent au protecteur de se substituer au protégé, tels que la représentation légale qui imprègne tant l'autorité parentale que la protection des majeurs. Bien que cette liste ne soit pas exhaustive, il est possible de constater que la quasi-totalité des actes envisagés touche au statut de parent, que ce soit : « la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne [...], la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ».

363. La capacité reconnue pour réaliser un acte ou exercer un droit n'emporte pas forcément la capacité d'intenter une action en justice⁴, de plus, l'article 458 du Code civil est restreint aux domaines des majeurs protégés⁵. L'article 328 du Code civil vient contredire ces objections. Il énonce dans son premier alinéa que « le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de l'enfant, seule qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité ». La notion de qualité doit, selon un auteur, être entendue comme étant la capacité reconnue aux parents d'agir au nom de leur enfant dans les actions en recherche de filiation en raison de leur statut de parent⁶. Cet article qui a été étendu par analogie aux parents majeurs protégés illustre parfaitement l'idée selon laquelle l'incapacité d'exercice d'une personne vulnérable doit être recherchée dans la nature juridique du droit substantiel mis en cause dans le procès civil. En l'espèce, il s'agit d'un droit de l'enfant dont l'exercice est attribué par la loi (durant la minorité) à son parent. Le droit qui fonde ici la capacité procédurale du parent-mineur est l'autorité parentale sur la personne de son enfant⁷ et la représentation

¹ « Le principe de l'incapacité du mineur souffre certaines exceptions, fondées notamment sur l'impossibilité de représenter le mineur pour certains actes, certaines actions judiciaires dont le caractère personnel est particulièrement marqué. Il faut inclure dans cette catégorie d'actes ou de procédures l'ensemble des prérogatives du mineur parent, qu'elles lui permettent d'agir personnellement dans les procédures relatives à la filiation de son enfant, ou qu'elles l'autorisent à exercer lui-même l'autorité parentale ». A. Gouttenoire, « La capacité du mineur d'interjeter appel en matière d'assistance éducative », *D.* 1996, p. 420.

² Issue de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, dont la portée de certaines dispositions peut trouver un écho favorable dans la situation des parents-mineurs.

³ Conseil de l'Europe, recommandation sur *Les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables*, 23 février 1999, Rec (1999)4, principe n° 19 « Limitation des pouvoirs des représentants », n° 66 ; sur les inconvénients de cette catégorie de droits, v. P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ, art 458, Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.* n°3, mars 2009, étude 17.

⁴ Comme soutenu par le courant doctrinal défendant la spécificité de l'action en justice, v. *supra* n° 339.

⁵ Ce dernier argument revêt une certaine pertinence, mais pas pour les raisons que l'on pourrait évoquer de prime abord. En effet, cet article nous semble bien plus restrictif, car seuls sont évoqués les actes d'autorité relatifs à la personne de l'enfant. Comme démontré précédemment les parents-mineurs sont en mesure d'exercer de plein droit l'administration légale, contrairement aux majeurs protégés (v. *supra* nos 278 s.). L'article 458 doit être restreint aux majeurs protégés, car il ne peut être transposé en l'état aux mineurs. Les questions qu'il soulève ont une portée bien plus vaste et dépassent la situation des parents majeurs protégés.

⁶ V. G. Raoul-Cormeil, « Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'ester en justice pour leur mise en œuvre », *D.* 2014, p. 467, note n° 27 : « il faut entendre ici « capacité et non pas qualité, en dépit de la rédaction défectueuse de l'article [...] ». Il est possible de considérer que la référence à la « qualité » n'est pas dénuée de pertinence, dès lors que la « qualité » est entendu comme se référant à la « qualité de parent ». Ce renvoi au statut parental permet de comprendre le fondement de cette capacité qui n'est autre que le droit d'autorité et la représentation légale qui s'y rattache ; v. Cass., civ. 1^{ère}, 12 octobre 1983, n° 82-16139, *Bull. civ.* n° 230 ; *D.* 1984, p. 238, note J. Massip ; *Deffrénois* 1984, p. 288, obs. J. Massip.

⁷ La nature de l'action est d'ordre extrapatrimoniale car elle touche exclusivement à la personne de l'enfant et à sa filiation.

légale qui en est l'attribut. L'autorité parentale est un droit lié au statut de parent, dévolu par l'effet de la filiation. Partant de ce constat, il convient d'observer, que dans le silence de la loi, les personnes sont présumées disposer d'une capacité juridique dès que le droit subjectif invoqué est de nature éminemment personnelle. Il est possible d'affirmer que le parent-mineur peut agir personnellement pour toutes les actions fondées sur l'exercice de son autorité parentale, dans la limite de ce droit et de son statut de parent¹. Ce constat recouvre toutes les actions relatives à la personne de l'enfant (action à fin de subsides², procédure d'adoption de l'enfant, action en matière de filiation, protection de l'image...), mais également toutes celles liées à l'exercice de l'administration légale. Dès que le droit se situe dans l'intimité la plus stricte de l'enfant, le parent ne dispose plus de la légitimité pour décider ou agir. La jurisprudence a, par exemple, considéré que les représentants légaux du parent-mineur ne sont pas recevables dans les actions relatives à la filiation de son enfant³, car elles relèvent de l'autorité parentale du parent-mineur, ce qui échappe à l'autorité parentale de ses parents.

364. En poursuivant cette argumentation, compte tenu de l'absence de texte spécifique et au vu du caractère éminemment personnel de l'autorité parentale, il convient de déduire que seuls les parents sont en mesure d'agir pour protéger leurs droits parentaux. Le parent-mineur peut saisir le juge aux affaires familiales pour organiser les modalités d'exercice de son autorité parentale⁴. Ses représentants légaux ne peuvent le représenter dans cette instance, faute d'intérêt à agir, car les droits du parent-mineur échappent par nature à leur autorité et à la représentation légale qu'ils exercent sur lui. Les parents du parent-mineur en tant que grands-parents n'ont pas vocation à assister aux audiences. Ils ne peuvent se substituer aux parents-mineurs dans les actes de procédure visant à organiser leur autorité parentale, que ce soit en demande comme en défense. Par exemple, le parent vulnérable est en droit de faire appel des décisions qui viennent modifier l'exercice de ses droits parentaux. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation concernant un majeur protégé, dans un arrêt du 6 novembre 2013⁵, au visa de l'article 458 du Code civil, pour considérer que « l'appel d'une décision du juge des enfants qui restreint l'exercice des droits de l'autorité parentale d'un majeur protégé constitue un acte strictement personnel que celui-ci peut accomplir sans assistance ni représentation ». La Cour de cassation a donc privilégié la théorie du droit servant au détriment de la théorie de la spécificité de

¹ Cela signifie que les droits éminemment personnels dont son enfant est également titulaire échappent à son autorité. Cette question n'aura pas à se poser car en raison de son âge et faute d'un discernement suffisant, l'enfant du mineur sera confronté à une incapacité de jouissance concernant ces droits. Les limites de l'autorité parentale des parents-mineurs sont identiques à celles de leurs parents.

² Ex. : TGI de Bobigny, 20 novembre 1973, *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 97.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 8 janvier 1957, *JCP* 1957, II, p. 9903, note F. De Montera, cité par A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, n° 238.

⁴ A. Gouttenoire, « Mineur », *loc. cit.*, n° 239.

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 06 novembre 2013, n° 12-23766, *Bull. civ.* I, n° 217 ; *AJ. fam.* 2013, p. 717, obs. T. Verheyde ; *D.* 2014, p. 467, note G. Raoul-Cormeil, *RTD. civ.* 2014, p. 84, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2014, comm. p. 9, obs. I. Maria ; *Gaz. Pal.*, 19 déc. 2013, n° 353, comm. J. Massip ; J.-J. Lemouland, D. Noguéro, J.-M. Plazy « Majeurs protégés », *D.* 2014, p. 2259.

l'action en justice sur laquelle la Cour d'appel avait fondé son argumentation¹. En l'espèce, la mère contestait la réduction de son droit de visite sur l'enfant, droit qui est un attribut de l'autorité parentale qu'elle exerce sur son enfant en tant que parent. Si le parent peut exercer ce droit sans être représenté, il peut également agir personnellement en justice pour protéger et contester toute atteinte portée à ce droit. Il convient d'observer qu'en l'espèce, le jugement du 2 mars 2010 qui plaçait la mère sous tutelle, le juge constatait qu'elle disposait d'une autonomie suffisante pour prendre seule des décisions², elle bénéficiait donc du discernement requis pour exercer ses droits éminemment personnels. Dans le cas contraire, elle se serait heurtée à une incapacité de jouissance, l'appel devenant irrecevable. Pour que cette incapacité soit opposée aux parents, il est indispensable que le discernement de la majeure protégée soit également considéré comme insuffisant pour exercer l'autorité parentale, le parent devant être hors d'état de manifester sa volonté au sens de l'article 373 du Code civil. L'absence de parents à même d'exercer l'autorité parentale conduit à l'ouverture d'une tutelle au bénéfice du mineur. En l'absence de discernement des parents, la question de leur capacité d'*ester* en justice pour la protection de leur droit ne se poserait pas, car l'autorité parentale serait substituée par la protection tutélaire. Ce raisonnement peut être étendu à la situation des parents-mineurs, car comme pour les majeurs, l'exercice ou la protection d'un droit éminemment personnel est, par nature, une limite légale à la représentation dont ils font l'objet³. Cette capacité exceptionnelle, requiert ici encore, un certain nombre d'aménagements pour que son effectivité soit assurée.

2. *Les aménagements de la capacité procédurale du parent-mineur*

365. Il n'est plus question ici du cadre de l'audition du mineur mais de la mise en œuvre d'une capacité personnelle attribuée aux titulaires du droit substantiel mobilisé. L'objectif n'est plus de recueillir l'avis d'un enfant sujet périphérique d'une procédure qui le concerne, mais de veiller à ce que le mineur puisse disposer des moyens juridiques pour agir et mobiliser en justice les droits que lui seul est en capacité d'exercer. L'intérêt est d'organiser le droit d'accès de tout justiciable à la justice pour lequel l'État ne peut « se borner à demeurer passif »⁴. En principe, l'État doit permettre aux enfants de surmonter les obstacles liés à leur minorité pour la protection de leurs droits de nature éminemment personnelle. Si l'existence de ces droits n'est pas nouvelle, comme en témoigne l'ancien article 340-2 du

¹ CA Colmar, ch. spéc., mineurs, n° 15-11-2011. En l'espèce, les juges avaient considéré que « l'exercice d'une voie de recours ne peut s'analyser ni comme un consentement à un acte ni comme un acte de l'autorité parentale et que l'article 458 du Code civil ne déroge pas aux dispositions légales prévoyant que la personne en tutelle est représentée en justice par son tuteur ».

² V : J. Massip, comm. sous Cass., civ. 1^{ère}, 06 novembre 2013, *op. cit.*

³ G. Raoul-Cormeil, « Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'*ester* en justice pour leur mise en œuvre », *op. cit.* L'auteur souligne « la fragilité du critère de la qualification [de strictement personnel]. Soumis à la volonté discrétionnaire de leur titulaire, les droits subjectifs ont une part d'intimité trop variable pour fixer ce critère. ». La jurisprudence s'accorde sur l'appartenance de l'autorité parentale à cette catégorie.

⁴ CEDH 9 octobre 1979, Airey c/ Irlande, série A, n°32, GACEDH, 2011, éd. PUF, n° 2, obs. F. Sudre.

Code civil¹, leur découverte est très récente et leur consécration encore limitée². La mobilisation effective de ces droits en justice ne se limite pas au discernement ou à la capacité juridique. Comme pour leur exercice, il convient que le mineur soit informé de son droit à agir et qu'il dispose des moyens financiers pour le faire. Si l'impossibilité d'invoquer un droit en justice ne prive pas la personne de l'exercice de ce droit, elle en limite grandement la portée, notamment lorsque les tiers y portent atteinte en refusant de les respecter. Si les parents-mineurs ne peuvent avoir un accès effectif au juge aux affaires familiales, ses parents, l'autre parent ou de simples tiers pourront s'arroger des prérogatives sur son enfant au mépris de l'autorité parentale qu'ils détiennent sur lui. Les réponses apportées par la loi se révèlent comme en matière d'exercice très inégales.

366. L'autonomie dans l'exercice d'un droit reconnu à son seul titulaire conduit à lui reconnaître la capacité procédurale pour sa protection. Dans le cas contraire, cela revient à consacrer un droit tout en acceptant qu'il puisse ne pas être respecté lors de sa mise en œuvre faute d'être mobilisable en justice. À la capacité d'exercice exceptionnelle, doit correspondre une capacité procédurale tout aussi exceptionnelle. Les questions liées à cette capacité procédurale touchent des aspects pratiques de sa mise en œuvre comme par exemple, la destination matérielle des actes liés aux procédures judiciaires portant sur ces droits ou l'un d'eux. Le parent-mineur est seul destinataire avec l'autre parent des informations et des actes relatifs aux procédures ayant pour objet leur autorité parentale. Ses parents ne disposent ici d'aucune prérogative, car ils n'ont pas vocation à le représenter. Concrètement les documents et informations relatives à la procédure sont adressés directement au titulaire du droit et à lui seul. En cas de séparation d'avec ses parents, il convient de les adresser au domicile où réside le parent-mineur et non au domicile familial.

367. L'autonomie procédurale du parent-mineur a des incidences sur l'exercice des droits de la défense. L'incapacité générale d'exercice qui pèse sur le mineur fait qu'il ne peut mandater valablement un avocat pour le représenter durant la procédure. Lorsqu'il s'agit d'un droit relevant de la mission de représentation du parent, ce mandat est réalisé par le représentant légal, en raison de l'exclusion de toute représentation dans l'exercice du droit substantiel mobilisé, le mineur est personnellement partie à la procédure. Considérant qu'il peut exercer les voies de recours, il dispose également de la capacité de désigner personnellement son avocat³. La validité du mandat repose sur la capacité exceptionnelle reconnue au mineur dans l'exercice de son droit. L'exclusion de la représentation parentale et l'exercice

¹ Devenu l'article 328 C. civ., codifié par la loi du 14 mars 1803, promulguée le 24 mars 1803. Ex. : F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP* 1984, I, n° 3142 ; J. Rubellin-Devichi, « Le droit est-il adapté aux adolescents ? », in *Dr. enfant fam.* n° 33, 1991/2, p. 123 ; D. Huet-Weiller et J. Hauser, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, LGDJ 1989, n° 815 ; A. Gouttenoire, « La capacité du mineur d'interjeter appel en matière d'assistance éducative », *D.* 1996, p. 420.

² Art. 458 C. civ issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* du 7 mars 2007, n° 56, p. 4325.

³ A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, nos 258 et s.

personnel d'un droit par le mineur lui accordent l'autonomie requise pour la protection de ce droit. C'est sur la volonté directe et exclusive du mineur que doit se baser l'avocat pour organiser son travail.

368. Cette capacité n'a d'intérêt que si elle s'accompagne d'un financement pour pallier la dépendance financière dans laquelle se trouve le parent-mineur à l'égard de ses parents. Même lorsqu'il bénéficie de ressources personnelles, l'incapacité juridique du parent-mineur fait obstacle à ce qu'il puisse en disposer librement. Il se heurtera à l'administration légale de ses parents, ou à l'éventuelle affectation de ces ressources, s'il s'agit de prestations sociales. Si le parent-mineur représente son enfant, il peut avoir à agir en justice pour préserver ses intérêts dans le cadre d'une procédure où le ministère d'avocat est requis. Une rémunération de l'avocat par les représentants légaux du parent-mineur n'est pas pertinente car elle leur offre la possibilité de reprendre la main sur l'exercice d'un droit dont ils ont pourtant été exclus¹. Leur refus de financer un avocat pour sa mission permet de faire échec au mandat valablement conclu par l'enfant. Ce financement interroge également l'indépendance de l'avocat qui doit défendre la seule volonté de l'enfant, mais dont la rémunération dépend de son représentant légal. L'impératif de compenser la dépendance financière du mineur est renforcé par le fait qu'il est présent à l'instance en tant que parent et non en tant que mineur, qu'il s'agisse pour lui de protéger son autorité parentale ou de représenter son enfant. Il est difficilement justifiable dans ces conditions de faire reposer cette prise en charge sur les parents du mineur qui ne sont que les grands-parents de son enfant.

369. Si la loi du 10 juillet 1991², octroie l'aide juridictionnelle aux mineurs sans tenir compte des ressources dont disposent leurs parents, pour leur audition ou en cas de mise en cause lors d'une procédure pénale, l'alinéa 1 de l'article 2 prévoit que « les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice peuvent bénéficier d'une aide juridictionnelle. Cette aide est totale ou partielle ». Compte tenu du caractère strictement personnel rattaché à l'exercice du droit et à sa défense, seules les ressources du mineur doivent être prises en compte pour l'attribution de cette aide financière, dont le plafond évolue avec le nombre de personnes à charge. Ce texte à portée générale doit permettre à un mineur d'assurer la défense des droits dont la représentation est exclue. Bien qu'il s'agisse ici plus d'une indemnité pour l'avocat que d'une véritable rémunération, elle permet aux mineurs de surmonter l'obstacle de la précarité de leur situation pour organiser la défense des droits pour lesquels ils disposent d'un exercice personnel.

¹ Ex. *supra* n° 79.

² Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, JO 13 juillet 1991 p. 9170.

370. La capacité procédurale des droits éminemment personnels est, comme tous droits reconnus aux mineurs, conditionnée à l'existence d'un discernement suffisant de son titulaire, qu'il soit ou non mentionné par le législateur. Lorsqu'il en est dépourvu, le titulaire du droit n'est plus confronté à une incapacité d'exercice, mais à une incapacité de jouissance qui débouche en matière procédurale à une fin de non-recevoir. La détermination du discernement en la matière revient, comme pour l'audition, au magistrat chargé de l'instance¹, qui doit l'envisager en amont de la procédure, avant même d'avoir rencontré l'enfant. Les droits éminemment personnels liés au statut de parent (dans son attribution et son fonctionnement) ne concernent en principe que des personnes pubères, ce qui signifie que seuls des adolescents sont susceptibles de les exercer. Ceux-ci sont généralement suffisamment mature pour disposer d'un discernement², il convient pour cette raison de le faire présumer comme recommandé par le Défenseur des droits en matière d'audition³. Cette évolution favorise l'appréciation *in concreto* du discernement, en contraignant le juge à motiver son refus sans se baser exclusivement sur l'âge. Il n'y a que peu d'intérêt pratique à refuser le discernement pour la protection d'un droit éminemment personnel que le parent-mineur exerce. Ce refus le place face à une incapacité de jouissance qui peut être dommageable pour lui comme pour son enfant.

¹ En matière d'audition en justice : art. 338-4 CPC ; F. Alt-Maes, « Le discernement et la parole du mineur en justice », *JCP G*, 1996, I, p. 3913 ; M. Juston et V. A. « Audition de l'enfant », *AJ. fam.*, 2009, p. 333 ; M. Juston, « Audition et intérêt supérieur de l'enfant dans le contentieux familial », *JDJ*, 2014/8-9, p. 38 ; J. Massip, « Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice », *Dr. fam.* 2010, étude n° 22 ; M. Bruggeman, « L'audition du mineur en justice », *AJ. fam.* 2014, p. 12.

² Sur la notion d'adolescence v. *supra* n° 6 et sur l'évaluation du discernement v. *infra* nos 725.

³ Défenseur des droits, *L'enfant et sa parole en justice*, *op. cit.*, recommandation n° 1 ; à ceci près que la recommandation concerne tous les mineurs quel que soit leur âge.

Conclusion du Chapitre II

371. L'autorité parentale ne se limite pas à la gouvernance de la personne de l'enfant et comprend un aspect patrimonial sous la forme de l'administration légale. L'attribution de la gestion des biens du mineur suit celle de l'autorité sur sa personne. Son exercice est subordonné à celui de l'autorité sur la personne, en l'absence de disposition contraire, le parent-mineur est chargé de gérer le patrimoine de son enfant dès lors qu'il gouverne sa personne. Cette dépendance, fait de l'administration légale un attribut de l'autorité parentale sur la personne qui découle elle-même du lien de filiation. L'administration légale, comme l'autorité sur la personne de l'enfant appartiennent au parent-mineur en raison de son statut de parent. Sa situation juridique personnelle est une nouvelle fois indifférente, la loi n'ayant pas prévu une cause permettant d'écarter le parent de sa fonction d'administrateur en raison de sa minorité. L'administration légale comme l'autorité sur la personne reposent sur deux mécanismes juridiques complémentaires, qui combinent autorité décisionnelle et représentation légale, ce qui la distingue des autres formes de représentation juridique. Si la représentation légale occupe une part importante du fonctionnement de l'administration légale, elle ne peut occulter le rôle central conservé par la volonté des parents dans cette gestion. Le statut de parent attribue au parent-mineur une capacité juridique exceptionnelle, chaque fois qu'il agit afin de préserver les intérêts de son enfant, qu'il s'agisse d'intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Comme l'autorité sur la personne, l'administration légale ne peut être exercée par assistance ou représentation, car son exercice est strictement personnel. L'administration légale ne peut s'appliquer qu'à l'enfant qui en est l'objet, ainsi, les parents du parent-mineur ne peuvent prétendre à la gestion des biens de son enfant et en devenir les administrateurs légaux. Le parent-mineur représente donc son enfant dans tous les actes de sa vie civile quelle que soit leur gravité dans les limites imposées par la loi sans qu'il soit nécessaire de le représenter, car il bénéficie d'une capacité juridique découlant de son statut de parent.

Ce raisonnement se retrouve à nouveau en matière de représentation procédurale. Cette dernière ne s'exerce pas dans le cadre exclusif de l'administration légale, car elle est transversale à l'autorité parentale au même titre que la représentation légale dont elle semble être l'attribut. Ainsi, le parent peut être amené à représenter son enfant en justice, soit en tant que titulaire de l'autorité parentale chargé de gouverner sa personne, soit en tant qu'administrateur légal gestionnaire de son patrimoine, selon que la nature du droit de l'enfant mobilisé en justice est extrapatrimoniale ou patrimoniale. Seule une opposition d'intérêt justifie de substituer temporairement le parent dans sa fonction de représentation par un administrateur *ad hoc*, lequel n'a pas vocation à exercer l'autorité parentales, son rôle étant strictement limité à une représentation du mineur dans l'exercice de ses droits. Les difficultés rencontrées par le parent-mineur dans l'exercice de l'administration légale ne peuvent conduire qu'à la

mise en place d'un contrôle judiciaire de sa gestion, ou, dans les cas les plus graves, à l'ouverture d'une tutelle aux biens.

Pourtant, la capacité exceptionnelle reconnue aux parents-mineurs n'a que peu d'incidence sur leur capacité personnelle en dehors de la sphère d'autonomie conférée par les droits éminemment personnels. En dépit de leur statut parental, ils demeurent sous l'autorité de leurs parents qui continuent d'administrer leur patrimoine et de les représenter. Pour autant, l'incapacité des mineurs n'est pas absolue car ils peuvent conclure valablement des actes juridiques sans avoir à être représentés par leurs parents chaque fois qu'il s'agit d'actes « usuels » et sous réserve qu'ils ne soient pas lésionnaires. Cette capacité personnelle reconnue à tout mineur, concurrente à l'autorité parentale, constitue un premier pas vers une harmonisation de leurs deux statuts. La souplesse de l'appréciation du caractère usuel ou non de l'acte offre une plus grande capacité juridique au mineur accédant au statut de parent, car les actes qui n'étaient pas usuels pour un mineur peuvent l'être pour un parent-mineur. Le recours à l'acte usuel peut accorder au parent-mineur une plus grande autonomie dans sa fonction, sans pour autant sacrifier sa protection, l'acte usuel pouvant être rescindé.

Conclusion du Titre II

372. L'autorité parentale appartient au parent-mineur en tant qu'attribut de son statut de parent né en raison du lien de filiation qu'il partage avec son enfant. Ce statut de parent confère au mineur les droits et les obligations liés à cette fonction, ce qui fait de lui l'interprète et le protecteur légalement désigné des intérêts de son enfant mineur. L'exercice de ce droit revient par principe à ses titulaires sous la seule réserve qu'ils soient en état d'exprimer une volonté personnelle. L'âge ne constitue pas un obstacle à l'exercice de l'autorité parentale par un parent-mineur. Ce droit revêt la nature d'un droit éminemment personnel, en tant qu'attribut du statut de parent dévolu par l'effet de la filiation. L'autorité parentale ne peut donc être exercée par représentation ou assistance. L'autorité parentale du parent-mineur sur son enfant échappe de plein droit à l'autorité parentale que ses parents continuent d'exercer sur lui.

En tant que parent, le parent-mineur gouverne la personne de son enfant et gère son patrimoine en dépit de sa situation juridique personnelle. Il prend avec l'autre parent, ou s'il n'y a pas d'autre parent unilatéralement, toutes les décisions qu'il estime nécessaire pour protéger les intérêts de son enfant, grâce à l'autorité qu'il exerce sur lui. Ce droit fait présumer la conformité des décisions prises par les parents avec l'intérêt de leur enfant. Le parent-mineur, par son statut, bénéficie de cette présomption, si bien que sa volonté s'impose pour toutes les décisions organisant la vie de son enfant. La représentation légale liée à l'autorité décisionnelle lui accorde une capacité parentale distincte de sa capacité personnelle pour agir dans l'intérêt de son enfant et réaliser tous les actes de sa vie civile. La gouvernance de la personne de l'enfant repose sur ces deux mêmes mécanismes, comme la gestion de son patrimoine. Leur caractère transversal fait du parent-mineur l'administrateur légalement désigné des biens de son enfant et lui confère à ce titre la capacité juridique requise pour réaliser tous les actes patrimoniaux qu'il estime essentiels à une bonne gestion dans les limites imposées par la loi.

En tant que mineur, le parent demeure soumis à l'autorité parentale de ses propres parents. Comme ce droit ne peut s'étendre au-delà de la personne et du patrimoine de l'enfant qui en est l'objet, la capacité parentale octroyée par ce statut ne modifie pas sa protection personnelle que ce soit la présomption d'immaturité ou l'incapacité générale d'exercice à l'égard des droits extrapatrimoniaux simplement personnels ou des droits patrimoniaux. Cette incapacité générale conduit à maintenir la prépondérance de la volonté de ses parents pour toutes les décisions qui concernent la personne et le patrimoine du parent-mineur qui continue d'être représenté dans tous les actes de sa vie civile. Les droits simplement personnels du parent-mineur sont ainsi occultés par les droits que leurs parents continuent de détenir sur eux.

Conclusion de la Première Partie

373. Le paradoxe de la situation juridique du parent-mineur s'explique par la juxtaposition de deux statuts au fonctionnement juridique différent. La personnalité juridique du parent-mineur est en grande partie occultée par les droits que ses parents continuent d'exercer sur lui. L'autorité parentale permet aux parents de gouverner la personne de leur enfant et de gérer son patrimoine. Leur volonté substitue celle encore imparfaite de leur enfant dans toutes les décisions qui le concernent. Cette autorité décisionnelle accorde une véritable prépondérance à la volonté parentale sur celle de leur enfant. Le mineur n'a pas vocation à disposer d'un droit à l'autodétermination, l'orientation prise par les premières années de sa vie étant déterminée par ses parents, guidés dans leur choix par ce qu'ils estiment être son intérêt. Tous les actes juridiques marquant sa vie civile seront réalisés par eux tant qu'ils seront tenus de le représenter légalement. Les droits dont le mineur est lui-même titulaire sont ainsi occultés par l'autorité parentale tout le temps de sa minorité, ses parents disposant de prérogatives concurrentes qui s'imposent à lui. Même une fois devenu parent, le mineur continue de dépendre de ses parents. Il ne dispose que d'une faible autonomie décisionnelle et son accès aux informations le concernant demeure limité, auxquelles s'ajoute une incapacité générale d'exercice.

Cette prépondérance de l'autorité parentale sur les droits du mineur et la dépendance qui en découle trouvent une limite concernant les droits dont la nature éminemment personnelle implique un exercice strictement personnel. Ces droits relèvent de la sphère la plus intime de la vie privée reconnue à toute personne juridique, où la volonté de leur titulaire ne peut être valablement substituée, sauf à porter atteinte à sa personnalité juridique. Ces droits échappent par principe aux mécanismes de protection en raison de la prépondérance qu'ils accordent à la volonté du protecteur sur celle du protégé. Dans ce cadre, la personnalité juridique du mineur ne s'efface plus derrière sa protection. Les mineurs bénéficient ainsi d'une sphère d'autonomie juridique pour les droits qui leur sont intimement liés, parmi lesquels figurent les droits conditionnant l'accès au statut de parent et avec lui l'exercice de l'autorité parentale. Ce droit appartient personnellement au parent malgré sa minorité et lui confère une aptitude décisionnelle ainsi qu'une capacité juridique statutaire, toutes deux nécessaires pour lui permettre d'exercer personnellement sa fonction. L'attribution du statut de parent étend ainsi considérablement la sphère d'autonomie du mineur. En tant que parent, il sera tenu non seulement de prendre toutes les décisions concernant son enfant mais aussi de réaliser tous les actes juridiques organisant sa vie civile dans les limites imposées par la loi. Cette autonomie qui lui est reconnue en tant que parent, continue de lui échapper en tant que mineur, car il ne sera pas en capacité de prendre ces mêmes décisions et ces mêmes actes juridiques le concernant sans se heurter à l'autorité parentale que ses parents exercent sur lui. L'aptitude et l'incapacité personnelle caractérisant le statut de mineur contraste fortement avec l'aptitude et la capacité qu'il détient par son statut de parent.

Bien que toujours dépendant de ses parents, le parent-mineur mène une vie juridique autonome à l'égard de son enfant. En devenant parent, il bénéficie à ce titre d'une autonomie décisionnelle et dispose d'un accès aux différentes informations concernant son enfant. Il détient en outre une capacité parentale lui permettant de représenter son enfant dans tous les actes de sa vie civile et peut prétendre au bénéfice des aides financières à destination des parents les plus vulnérables destinée à lutter contre la précarisation des familiales. La dépendance et la vulnérabilité du parent-mineur peuvent être compensées en tout ou partie par son statut de parent.

Faute d'avoir été pensé dans sa globalité, la situation juridique actuelle du parent-mineur est fortement marqué par la juxtaposition de ces deux statuts avec le risque qu'ils entrent en conflit. Chaque mineur demeure sous la dépendance de son parent respectif, qu'il s'agisse du parent-mineur ou de son enfant, créant une interdépendance de leur protection. Si le premier bénéficie d'une autonomie en tant que parent, elle ne doit pas se faire au détriment de la protection du second et si la minorité maintient le parent-mineur sous la protection et la dépendance de ses parents, cette situation ne peut légitimer qu'il soit porté préjudice à sa fonction. C'est pourquoi, il convient de proposer des aménagements à ces deux statuts susceptibles de favoriser la coexistence de la fonction parentale avec la protection due aux enfants mineurs.

SECONDE PARTIE :

L'INTERDÉPENDANCE DE LA PROTECTION DU PARENT-MINEUR ET DE SON ENFANT

374. « La protection de l'enfance n'admettant pas le vide, un régime de protection est nécessairement ouvert pour chaque mineur dès sa naissance. »¹ Lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard d'au moins l'un de ses parents, cette protection est par principe celle de l'autorité parentale. Comme le statut de parent ne produit aucun effet sur la protection à laquelle ils demeurent soumis en tant que mineurs, les parents-mineurs sont tenus de protéger leur enfant tout en restant eux-mêmes sous la protection de leurs parents. L'autorité parentale est un mécanisme destiné à pallier la vulnérabilité résultant de la minorité d'un enfant, qu'elle soit physique, économique ou juridique². Si les parents bénéficient par le seul effet de la filiation d'une présomption d'aptitude et de capacité dans leur fonction, celle-ci n'est pas absolue, car elle suppose une certaine autonomie dans l'exercice de leurs prérogatives. Faute de ressources personnelles, éducatives ou financières suffisantes, l'autorité parentale peut être fragilisée. Cette fragilité résulte de la vulnérabilité du parent dans sa fonction qui se répercute *in fine* sur son enfant³. Pour remédier à cette double vulnérabilité, il convient de permettre aux parents de retrouver leur autonomie dans l'exercice de leur autorité parentale, pour restaurer à terme la protection primaire de leur enfant. La superposition d'autorité parentale qui caractérise le statut actuel des parents-mineurs représente pour eux comme pour leur enfant un avantage, mais également un inconvénient. Un avantage : les parents-mineurs ainsi que leur enfant peuvent bénéficier d'une protection supplétive destinée à étayer une autorité parentale fragilisée par les difficultés rencontrées par leurs parents respectifs (**Titre I : La protection de l'enfant au travers de celle de son parent-mineur**). Un inconvénient : le statut de mineur, conservé par le parent-mineur, le place dans une situation de dépendance éducative, juridique et financière à l'égard de ses parents. Cette dépendance résultant de sa minorité entre en contradiction avec l'autonomie nécessaire en tant que parent. Il convient de proposer une évolution de la situation juridique du parent-mineur afin qu'il puisse s'adapter à ses besoins spécifiques d'autonomie sans renoncer à sa protection, par une mise en cohérence de la minorité avec son statut de parent (**Titre II : Vers un statut de parent-mineur**).

¹ P. Salvage-Gerest, « Minorité. - Généralité sur les différents régimes de protection », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 382 à 386, fasc. 10, février 2016, n° 43.

² C. Neirinck, « L'enfant, être vulnérable », *RDSS* 2007, p. 5.

³ S. Moracchini-Zeidenberg, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. fam.* n°10, octobre 2012, étude 17, n°1, « sont des personnes vulnérables celles qui ne sont, de fait, pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés », l'auteur se référant au rapport annuel de la Cour de cassation 2009. Il convient également de souligner que la notion de vulnérabilité tend progressivement à remplacer la notion d'incapacité, v. sur ce point J. Hauser, « La notion d'incapacité », *LPA* 17 août 2000, p. 3.

TITRE I : LA PROTECTION DE L'ENFANT AU TRAVERS DE CELLE DE SON PARENT-MINEUR

375. « Assumer ses enfants, les élever et les éduquer est autant un devoir qu'un droit des parents. »¹ L'autorité parentale constitue la première protection destinée à pallier la vulnérabilité résultant de l'état de minorité. Les enfants se trouvent placés dans une situation de dépendance personnelle, juridique et financière à l'égard de leurs parents, impliquant que leurs parents soient pleinement autonomes dans l'exercice de leurs droits, par une aptitude décisionnelle, une capacité juridique et financière suffisante pour préserver les intérêts de leur enfant. Dans le cas contraire, les parents ne pourront assumer pleinement leur rôle. À la vulnérabilité découlant de l'état de minorité de l'enfant s'ajoute celle de ses parents dans l'exercice de leurs droits. La superposition des autorités parentales renforce l'interdépendance de la protection de l'enfant avec celle de son parent-mineur. À la vulnérabilité des parents-mineurs peut également s'ajouter celle de leurs parents, affaiblissant non seulement leur protection, mais également celle de leur enfant respectif. La société, par le biais de la protection de l'enfance, veille à préserver les enfants en palliant la vulnérabilité des parents dans leurs fonctions, la protection sociale permettant de suppléer aux carences de la protection civile de l'enfant² (**Chapitre I : La protection de l'enfant face à la vulnérabilité de ses parents-mineurs**). Pour cela, il convient d'accompagner les parents-mineurs ou leurs parents pour qu'ils puissent à terme exercer de manière autonome l'autorité parentale, et de ce fait restaurer la protection de leur enfant respectif. Ce n'est qu'en cas d'échec de cet accompagnement que les parents-mineurs ou leurs parents seront progressivement écartés de la protection de leur enfant pour lui garantir les conditions de protection nécessaires à son développement. L'aménagement de l'autorité parentale du parent-mineur peut être envisagée sous réserve que la protection de son enfant ne soit plus convenablement assurée dans ce cadre (**Chapitre II : De l'accompagnement du parent-mineur à sa substitution**).

¹ C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n° 395.

² R. Lafore, « Les responsabilités familiales en question », *RDSS* 2013, p 1025.

Chapitre I : La protection de l'enfant face à la vulnérabilité de ses parents-mineurs

376. « Droit-fonction par excellence, les prérogatives parentales doivent être exercées dans l'intérêt de l'enfant qui en constitue à la fois le fondement et la limite »¹. Bien que la société ait fait du parent et donc du parent-mineur, le premier interprète de l'intérêt de son enfant, l'autorité parentale n'est pas un droit absolu et peut faire l'objet de limitations². Certaines situations nécessitent de protéger l'enfant de ses protecteurs³, notamment lorsqu'ils se trouvent dans l'incapacité d'assumer pleinement leur rôle. Lorsqu'à la vulnérabilité de la minorité du protégé est aggravée par la vulnérabilité de ses protecteurs dans leur fonction, il revient à la société, par l'intermédiaire de l'État, de veiller à préserver les intérêts de l'enfant. Si les parents-mineurs sont tenus de protéger leur enfant, ils demeurent également sous la protection de leurs parents. En cas de défaillance dans leur protection, l'État pourra ainsi intervenir dans l'intimité familiale pour aider les parents-mineur et leurs parents dans leurs fonctions chaque fois que l'intérêt de leur enfant respectif n'est pas suffisamment préservé (**Section I**). Cette intervention connaît toutefois des limites, car « il convient de respecter les droits des parents eux-mêmes, les droits de l'enfant, mais aussi et surtout la vie familiale »⁴. Cette protection revêt un caractère subsidiaire à l'autorité parentale et doit être proportionnée non seulement au besoin de protection du parent-mineur et de son enfant, mais également aux difficultés rencontrées par leurs parents respectifs (**Section II**).

¹ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, p. 473, n° 736.

² A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2019, n°656.

³ C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984.

⁴ A. Batteur, *pré. cit.*

Section I : La protection des intérêts du parent-mineur et de son enfant par l'État

377. Si la loi fait présumer la conformité des décisions et des actes pris dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale avec l'intérêt de l'enfant, cette présomption demeure réfragable. La confiance et les droits que la société confie aux parents n'existent qu'au prix de la protection des intérêts de leur enfant et de la bonne exécution de leurs obligations. En attribuant aux parents-mineurs l'exercice de l'autorité parentale, ceux-ci sont tenus aux mêmes exigences que tout autre parent. En cas de défaillance dans la protection de l'enfant par ses parents, l'État se réserve la possibilité d'intervenir dans l'organisation et le fonctionnement familial (§1), chaque fois que l'intérêt de l'enfant n'est plus suffisamment préservé par l'autorité parentale, sans toutefois se substituer aux parents (§2).

§1 : L'intervention de l'État dans l'intimité familiale du parent-mineur

378. Si la convention internationale des droits de l'enfant lui reconnaît le droit d'être élevé, si possible, par ses deux parents¹ et l'obligation pour les États signataires de le respecter², elle admet par ailleurs, l'existence d'un droit à une protection subsidiaire offerte par la société. Quand bien même l'enfant se trouverait sous la protection de ses parents³, la société demeure garante de son bien-être par « un contrôle raisonné »⁴ de l'exercice de l'autorité parentale. La protection de l'enfance⁵ offre un moyen de fournir aide et assistance aux parents dans l'exercice de leur autorité parentale. Il s'agit également d'une limite à l'intimité des familles, par « l'intrusion plus ou moins directe d'un tiers dans la vie des parents et de l'enfant »⁶. Cette protection assurée par la société constitue un contre-pouvoir à l'autorité parentale qui permet, par le biais d'un tiers, de vérifier l'effectivité de la protection de l'intérêt de l'enfant par ses protecteurs désignés⁷. Le respect des droits accordés aux parents-mineurs reste conditionné à l'exécution de leurs obligations qui en sont la contrepartie (A). Cette protection est liée à la vulnérabilité de l'enfant et à sa dépendance à l'égard de ses parents (B).

¹ Art. 18 CIDE.

² Art. 16 CIDE.

³ Art. 19 CIDE.

⁴ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, p. 475, n° 736.

⁵ Sur la définition de la notion de protection de l'enfance : J.-M. Lhuillier, « Information préoccupante et signalement : la mise en œuvre des textes issus de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *RDSS* 2010, p. 947 ; sur sa complexité : Y. Favier « Le droit et la protection de l'enfance » *Informations sociales*, vol. 140, n° 4, 2007, pp 18-27.

⁶ *Ibid.*, p. 475, n° 739.

⁷ G. Raymond, « Assistance éducative », in *Rep. civ.*, Dalloz, mars 2010, (actualisation février 2018), n° 1 : « on sait très bien que les parents ne sont pas toujours à la hauteur de la fonction qui leur est dévolue, que certains parents non seulement ne sont pas à même de protéger leur enfant, mais qu'ils peuvent au contraire nuire à son bien-être ».

A- Les droits des parents subordonnés à leur devoir de protection

379. L'une des craintes concernant les parents-mineurs est qu'ils usent de leur statut de parent pour obtenir une plus grande autonomie personnelle au détriment de l'intérêt de leur enfant, en invoquant leur autorité sans respecter les obligations mises à leur charge. Cette éventualité doit toutefois être tempérée, car il est illusoire pour un parent de revendiquer ses droits si par ailleurs il néglige les obligations qui en sont le pendant. Les droits parentaux ont perdu de leur caractère absolu et discrétionnaire. Le parent voit l'exercice de ses droits conditionné à l'intérêt de son enfant ; dans le cas contraire, son action pourra faire l'objet du contrôle de la société par la protection de l'enfance (1). Cette protection a pour but « de prévenir les difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives, d'accompagner les familles [...] »¹ tout en offrant une protection subsidiaire, palliant les défaillances des parents dans l'exercice de leur autorité parentale (2).

1. *Le contrôle de l'exercice de l'autorité parentale par l'État*

380. La protection de l'enfance et le contrôle exercé par la société sur l'exercice des droits parentaux a changé en fonction de l'évolution des constructions familiales², diversifiant leurs configurations par le nombre et la qualité des personnes qui partagent leur vie. Après la parenthèse révolutionnaire qui a tenté de reconnaître à l'enfant des droits individuels concurrents de ceux de leurs parents, le Code civil de 1804 s'est recentré sur la puissance paternelle comme seul mécanisme de protection de l'enfant. « Partout où il y avait des parents, l'État ne pouvait intervenir. Il pouvait protéger les enfants à défaut de parents ; il ne pouvait les protéger contre les parents. »³ Le législateur de l'époque n'avait aucunement envisagé l'abus de la puissance paternelle, les dispositions du Code civil et du Code pénal se complétaient en préservant un ordre public étatique fondé sur l'ordre public familial⁴. À cette époque, la construction des familles reposait sur une imbrication entre filiation, parentalité et conjugalité, articulée autour de la figure du père chargé de diriger la famille, les mères n'ayant pas vocation à exercer la puissance paternelle du vivant de leur époux.

381. Durant cette période, si la question des parents-mineurs se posait, elle ne l'était pas dans les mêmes termes qu'aujourd'hui. Les jeunes filles passaient de la puissance paternelle à la puissance de leur mari, et ne pouvaient exercer la puissance paternelle qu'au décès de leur époux. De leur côté, les jeunes hommes étaient légalement émancipés par le mariage, leur aptitude à diriger la famille étant présumée, tout comme leur capacité juridique. L'État ne disposait d'aucun moyen de contrôle face à un

¹ Art. L. 112-3 CASF, issu de la loi du 5 mars 2007, n° 2007-293, JO 6 mars 2007, art. 1.

² V. sur la notion de famille et son évolution, J.-J. Lemoulant, « Famille », in *Rep. civ.*, Dalloz, nos 1 à 87.

³ Cl. Anglois, *De la protection des enfants moralement abandonnés, Étude de la loi du 24 juillet 1889*, discours prononcé à l'ouverture des avocats stagiaires le 14 décembre 1891, Lyon, 1891, p. 7.

⁴ V. Guillermet Treffainguy, *La protection de l'enfant contre ses parents (1804-1958)*, thèse dactyl., Bordeaux, 2017, p. 19.

parent-mineur dont l'immaturation rendait ineffective la protection de son enfant en dehors de la procédure de déchéance de la puissance paternelle instaurée par la loi du 24 juillet 1889¹. Les enfants étaient considérés comme l'objet du droit de leurs parents, si bien que les anciennes dispositions des articles 475 et suivant du Code civil offraient aux pères qui avaient des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant, des « moyens de correction » consistant en son incarcération, comparable aux lettres de cachet royales². Ce « droit de corrections » ne nécessitait pour sa mise en œuvre « aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation »³, dans lequel les motifs n'étaient pas énoncés. Le 30 octobre 1935, trois décrets-lois ont modifié la protection des enfants afin d'instaurer un contrôle unique de la puissance parentale par la société⁴. L'un de ces textes⁵ a donné une orientation plus protectrice au droit de correction parentale, en atténuant son aspect répressif au profit d'un volet éducatif via un placement dans des établissements d'éducation surveillée ou auprès de tiers ou d'institutions charitables⁶. Le placement de l'enfant, lorsqu'il était par exemple victime d'une infraction pénale, n'offrait aucune possibilité d'action sur l'environnement familial et à l'inverse, une action éducative pouvait être menée sur la famille du mineur en danger moral, sans qu'un placement de l'enfant pût être imposé⁷. La protection offerte à l'enfant souffrait d'un manque d'unicité due « à l'absence de définition juridique de l'enfance, en tant que critère objectif de protection »⁸, générant ainsi un enchevêtrement de lois dont l'esprit et l'orientation ne permettaient pas de protéger efficacement l'enfant en cas d'abus de la puissance paternelle. En dépit de cette difficulté, ce décret-loi marquait un premier tournant en instaurant « une philosophie éducative entre l'État et la Famille dans l'intérêt de l'enfant »⁹. Cette évolution n'a connu qu'une application limitée faute d'instance unique et spécialisée pour son application. La création par l'ordonnance de février 1945¹⁰ du juge des enfants n'a pas permis de surmonter cet obstacle, car son action se limitait à l'aspect pénal de la délinquance des mineurs¹¹. La protection de l'enfant demeurait soumise à la seule puissance de son parent.

¹ Loi du 24 juillet 1889 relative aux enfants maltraités ou moralement abandonnés, placement des mineurs, action éducative en milieu ouvert, JO 24 juillet 1889, p. 3653. Les éléments de cette loi étaient repris dans la version de l'article 378-1 C. civ. créé par la loi du 4 juin 1970 afin de tenir compte de la transformation de la puissance en autorité. Pouvaient être déchus de l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle, d'inconduite notoire ou de délinquance, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettaient manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.

² A. Farge, M. Foucault, *Le désordre des familles, Lettres de cachets des Archives de la Bastille au XVIII^e siècle*, éd. Gallimard, 1982, pp. 157-173 ; A. Farge, « Honneur populaire et ordre public : l'État, le scandale et le domestique », in *La famille, la loi et l'État de la Révolution au Code civil*, I. Théry et C. Biet (dir.), 1989, pp. 446-451.

³ Anc. art. 378 C. civ.

⁴ V. sur ce point : A. Bruel, *Entre innocence & malice*, Revue de l'association française des magistrats de la jeunesse et de la famille, hors-série n° 1, p. 48.

⁵ Décret-loi du 30 octobre 1935, protection des enfants du premier âge, JO 31 octobre 1935, p. 11630.

⁶ V. sur cette évolution : V. Guillermet Treffainguy, *La protection de l'enfant contre ses parents (1804-1958)*, *op. cit.*, p. 463, ainsi que les références reprises aux notes nos 2023 et s.

⁷ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Champ d'application. Conditions », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 371 à 387, fasc. 20, janvier 2015 (actualisation avril 2016), n° 8.

⁸ *Ibid.* p. 464.

⁹ P. Waquet, *La protection de l'enfance*, thèse Rennes, Dalloz, Imprimeries réunies, 1942, pp. 137-138.

¹⁰ Ordonnance du 2 février 1945, n° 45-174, relative à l'enfance délinquante, JO, 4 février 1945, p. 530.

¹¹ V. A. Bruel, *Entre innocence & malice*, *op. cit.*, p. 48.

382. Il faudra attendre l'ordonnance du 23 décembre 1958¹ pour que les textes fondant le droit de correction paternelle laissent place à l'assistance éducative. Ce changement marque la volonté d'instaurer un contrôle étatique effectif² par une intervention unique fondée sur l'assistance éducative confiée au juge des enfants. Ce dernier devient compétent pour ordonner toute mesure nécessaire et contrôler la puissance paternelle afin, le cas échéant, d'en aménager l'exercice. L'intimité des familles n'est plus une cellule autonome au sein de la société. La famille n'est plus assimilée à un État dans l'État avec à sa tête un chef de famille dont les droits échapperaient à tout contrôle extérieur³, en raison d'un parallèle fait avec le « lien de légitime obéissance des sujets envers leur souverain »⁴. L'intervention progressive du juge dans la sphère familiale a marqué « le passage de la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire » propice à une immixtion croissante des autorités publiques dans la sphère privée⁵. Ce passage a été entériné par la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale⁶, abrogeant l'ordonnance du 23 décembre 1958 tout en conservant l'essentiel de ses orientations, et tentant d'encadrer l'immixtion du juge dans la vie familiale⁷ afin qu'il ne devienne pas « une machine à faire exploser la famille et imposer le conformisme social »⁸.

383. Cette intervention de l'État dans l'intimité familiale a été consacrée par la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Ce texte a rappelé que l'enfant, en tant que personne, était lui-même sujet de droit, avec pour conséquence d'encadrer l'exercice de l'autorité parentale par son intérêt exclusif⁹. La fonction protectrice du parent ne peut plus occulter ou ignorer totalement l'enfant et les droits parentaux ont perdu leur caractère discrétionnaire¹⁰. Leur exercice est conditionné à l'accomplissement des obligations qui en sont la contrepartie, autrement dit, le parent est dans l'obligation de protéger son enfant. Si la convention reconnaît le droit des parents d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de leur

¹ Ordonnance du 23 décembre 1958, n° 58-1301, relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger, *JO*, 24 décembre 1958, p. 11770.

² Contrôle qui avait été instauré par l'un des décrets-lois du 30 octobre 1935 qui venait compléter la loi du 24 juillet 1889 (*op. cit.*), et prévoyait qu'en dehors de toute instance en déchéance, lorsque la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant sont compromises ou insuffisamment sauvegardée par le fait des père et mère une mesure de surveillance ou d'assistance éducative [pouvait] être prise par le président du tribunal sur requête du ministère public », *ref. cit.*, A. Bruel, *Entre innocence & malice*, *loc. cit.*, p. 48.

³ P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 683 et s., n° 1453.

⁴ « La naturelle révérence des enfants envers leurs parents est le lien de légitime obéissance des sujets envers leur souverain » : Comparaison et propos attribués à Louis XIII, cité par A. Burguière, « La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil) », *Droit et Société*, 14-1990, p.21 ; v. également : Guillermet Treffainguy, *La protection de l'enfant contre ses parents (1804-1958)*, *op. cit.*, p. 16, qui estime que les droits du père sur l'enfant était à l'image de l'autorité monarchique ; et, J. Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire... Le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle (1789-1889)*, thèse dactyl., Grenoble II, 2000, pp. 134-139.

⁵ V. Guillermet Treffainguy, *La protection de l'enfant contre ses parents (1804-1958)*, *op. cit.*, p. 22.

⁶ Loi du 4 juin 1970, n° 70-459, relative à l'autorité parentale, *JO* du 5 juin 1970, p. 5227.

⁷ V. P. Robert, « Une autre assistance éducative », *RTD. civ.* 1972, p. 26.

⁸ Ph. Malaurie, *Droit civil, La famille*, Defrénois 2006, n° 789, p. 407 ; P. Raynaud « La puissance paternelle et l'assistance éducative » in *Mél. R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 808, Ph. Meyer, *L'enfant et la raison d'État*, éd. Seuil, 1977 ; J. Donzelot, *La police des familles*, éd. de Minuit, 1977.

⁹ Notion résultant d'une traduction de l'anglais de : « Best interest of child ».

¹⁰ Sur la disparition de cette catégorie de droit notamment dans la famille : P. Le Tourneau, « Agissements fautifs dans l'exercice des droits et abus de droit », in *Droit de la responsabilité et des contrat*, Dalloz, coll. Dalloz action 2018-2019, chap. 2213, nos 19 et 171.

enfant¹, elle demande également aux États parties d'assurer une protection permettant de pallier les carences et difficultés du parent dans sa fonction². Vu cette évolution, la crainte évoquée concernant un parent-mineur tout-puissant, avec un enfant exposé à son immaturité souffre d'anachronisme. Si la protection offerte par l'État n'a pas vocation à se substituer à l'autorité parentale, elle offre à l'enfant une protection subsidiaire le temps pour son parent de surmonter les difficultés qu'il rencontre dans sa fonction.

2. *Le caractère subsidiaire de la protection de l'enfance*

384. Est subsidiaire en droit « ce qui a vocation à venir en second lieu pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut »³. La protection de l'enfance repose sur un subtil équilibre entre l'intimité familiale et l'intervention étatique, qui implique de mettre en balance vie privée et intérêt général. Lorsque l'article 371-1 alinéa 2 du Code civil déclare que « l'autorité parentale appartient aux parents », cela signifie que « ceux-ci ont une vocation première, naturelle, à assurer la protection et l'éducation de l'enfant »⁴. Certains auteurs considèrent que les droits des parents sur leurs enfants sont antérieurs à ceux détenus par la société⁵. Cette idée transparaît au niveau international, notamment à l'article 5 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui demande que « les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents [...] de donner à [l'enfant], d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente convention », et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaissant à toute personne, parent comme enfant, un droit au respect de sa vie familiale⁶. Ces droits mettent à la charge de l'autorité publique une obligation négative essentielle visant à prémunir les personnes de toute ingérence arbitraire dans leur vie familiale⁷. L'exercice de l'autorité parentale et la protection qu'elle confère à l'enfant s'inscrivent de plein droit dans cette intimité. L'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit doit non seulement être prévue par la loi, mais également constituer une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la protection de la santé, de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. L'État n'a vocation à intervenir qu'à condition que l'intérêt de l'enfant soit mal préservé par ses parents, ce qui en fait une protection subsidiaire⁸. Le Conseil d'État a rappelé ce principe selon lequel « le premier dispositif de protection de l'enfant instauré par la loi française est en réalité le statut de "mineur" fait à celui-ci, la relative incapacité dont celui-ci s'accompagne et son corollaire : les pouvoirs et les obligations conférés

¹ Art. 27 al. 2 CIDE.

² Art. 3 al. 2 CIDE.

³ *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « subsidiaire ».

⁴ P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 715, n° 1550.

⁵ *Ibid.*

⁶ Sur l'influence de la Conv. EDH sur le droit civil et la famille : A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse, Paris II, Dalloz, 2002, pref. L. Leveneur ; F. Vasseur-Lamby, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. L'Harmattan, 2000.

⁷ CEDH, Kroon et autre c/ Pays-Bas, 27 octobre 1994, n° 18535/91.

⁸ D. Youf, *op. cit.*, pp. 51 s. ; ONED, Neuvième rapport au Gouvernement et au Parlement, mai 2014, p. 13 : « tout le dispositif repose aujourd'hui sur le principe de la subsidiarité. L'intervention de la puissance publique dans le cadre de la protection de l'enfance est subsidiaire par rapport à l'intervention des parents ».

à l'autorité parentale »¹. Pour cette raison, la protection de l'enfance n'a pas vocation à intervenir lorsque le parent assume pleinement sa fonction et préserve les intérêts de son enfant. La protection de l'enfance n'est pas exempte de défaut, car si « au départ, l'assistance éducative a été conçue comme une aide accordée aux parents dans l'exercice de leur fonction parentale. [...] [Elle] a eu tendance à se transformer en mesure de substitution à l'autorité parentale »². La Cour européenne des droits de l'homme a systématiquement condamné ces dérives concernant l'usage du placement, rappelant que le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait justifier à lui seul qu'il soit soustrait de force aux soins de ses parents. Cette ingérence dans leur droit à jouir d'une vie familiale avec leur enfant consacré par l'article 8 de la convention, doit devenir « nécessaire » en raison d'autres circonstances³. Il convient donc d'écarter toute volonté visant à substituer de plein droit les parents-mineurs dans l'exercice de leur autorité parentale par une personne majeure par l'intermédiaire de la protection de l'enfance.

385. Même dans les cas où il serait démontré que les parents-mineurs présentent des difficultés relationnelles et éducatives affectant leurs compétences parentales, il s'agit de les aider ou de les assister dans cette tâche afin qu'ils puissent préserver au mieux l'intérêt de leur enfant⁴. L'aide et l'assistance éducative qui composent aujourd'hui la protection de l'enfance sont dépourvues de toute idée de sanction envers les père et mère, elles constituent qu'un soutien. Cette intervention poursuit un double objectif ; d'une part la disparition de l'état de danger menaçant leur enfant et d'autre part une restauration de leur autorité⁵. Ce double objectif se retrouvait dans la définition donnée par la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance⁶. Son but était de prévenir les difficultés auxquelles les parents étaient confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives, d'accompagner les familles et

¹ Conseil d'État, *Statut et protection de l'enfant*, mai 1991, La doc. fr.

² G. Raymond, « Assistance éducative », *op. cit.*, n° 4 ; l'auteur estime que cette dérive résulte de « l'insuffisance des moyens éducatifs pour assurer une véritable assistance intrafamiliale aux parents en difficulté avec leur enfant ; l'existence des tuteurs aux prestations sociales (aujourd'hui appelés délégués aux prestations familiales, C. civ., art. 375-9-1) qui jouent souvent le rôle de véritables assistants éducatifs à travers l'utilisation des prestations familiales ; l'insuffisance des moyens judiciaires qui contribue à la surcharge des juges des enfants qui ne peuvent exercer leur mission qu'au prix de sacrifices personnels importants » ; v. sur ce point le rapport de J.P. Deschamps (dir.), *Le contradictoire et la communication des dossiers en assistance éducative*, Ministère de la justice, La doc. fr., janvier 2001., spéc. p. 5 : le groupe de travail posait le constat selon lequel, les moyens mis en œuvre n'étaient pas à la hauteur des enjeux. 352 juges des enfants et 139 parquets devaient traiter annuellement 121 172 dossiers d'assistance éducative comprenant souvent plusieurs mineurs, auxquels s'ajoutaient les 78 216 dossiers de mineurs délinquants ; les chiffres de la justice pour l'année 2017 font état de 119 973 dossiers ouverts au titre de l'enfance en danger, 14 935 au titre de l'aide à la gestion du budget familial auquel s'ajoutent 63 383 dossiers de mineurs délinquants, source : Les chiffres-clés de la justice, éd. 2018, octobre 2017, disponible via le site du ministère de la justice à l'adresse suivante : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/chiffres-cles-de-la-justice-10303/les-chiffres-cles-de-la-justice-edition-2018-31895.html>. [consulté le 1^{er} octobre 2019]

³ CEDH, K. et T. c/ Finlande, 12 juillet 2001, n° 25702/94 ; CEDH Walla et Wallova c/ République Tchèque, 26 octobre 2006 ; pour une application de ce principe par la Cour de cassation : Cass., civ. 1^{ère}, 11 mai 1976, n° 75-80002, D. 1976, p. 521 ; pour une vision plus globale du contrôle exercé par la Cour EDH, v. *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit au respect de la vie privée et familiale*, Conseil de l'Europe, à jour du 31 décembre 2017, n° 264, p. 57 ; F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002.

⁴ M. Douchy-Oudot, L. Sebag, « Assistance éducative », in *J.-Cl. proc. civ.*, Fasc. 1400-20, septembre 2016, n° 1 ; v. *infra* nos 463 s.

⁵ A. Kimmel-Alcover, « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance », *RDSS* 2013, p. 132.

⁶ Loi du 5 mars 2007, n° 2007-293 réformant la protection de l'enfance, JO 6 mars 2007, p. 4215, texte n° 7, art.1 ; A. Gouttenoire, « La loi du 5 mars 2007 n° 2007-293 réformant la protection de l'enfance », D. 2007, p. 1090 ; E. Alfrandari, « Réforme de la protection de l'enfance. Du droit aux pratiques », *RDSS* 2007, p. 1135 ; S. Bernigaud, « Les enjeux de la protection de l'enfance », *Dr. fam.*, juin 2007, étude n°23.

d'assurer, le cas échéant, selon des modalités adaptées à leurs besoins, une prise en charge partielle ou totale des enfants, par un ensemble d'interventions en faveur de ceux-ci et de leurs parents¹. Cette protection ne cherche pas à substituer le parent dans l'exercice de ses droits. Il ne s'agit pas seulement d'organiser la protection de l'enfant, mais de restaurer le fonctionnement familial normal, car « au-delà de la protection de l'enfant avec la disparition de l'état de danger, c'est bien vers le rétablissement d'un fonctionnement harmonieux de l'autorité parentale que doit tendre la mesure »². Face aux critiques qui estimaient que la protection de l'enfance privilégiait les parents au détriment de l'enfant³, la loi du 14 mars 2016⁴ a réorienté sa définition en focalisant ses objectifs sur la protection du bien-être de l'enfant ainsi que le respect de ses droits⁵. Le caractère supplétif de la protection de l'enfance n'est plus envisagé comme un but, mais comme une modalité de sa mise en œuvre, car elle implique « la prise en compte des difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives et la mise en œuvre d'actions de soutien adaptées en assurant, le cas échéant, une prise en charge partielle ou totale de l'enfant »⁶. Le caractère supplétif de cette protection se retrouve également à l'article 375-7 du Code civil, qui prévoit que les parents bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec celle-ci. L'imbrication de la protection de l'enfant et de l'accompagnement du parent dans sa fonction au sein de la protection de l'enfance, s'explique encore aujourd'hui par le fait que le droit premier de l'enfant est d'être élevé par ses parents dans son environnement familial⁷.

386. « Pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale »⁸ et ce n'est qu'à titre très exceptionnel, lorsqu'il n'existe aucune possibilité de conciliation, qu'il faut privilégier le droit de l'enfant sur le droit de ses parents par une séparation physique, voire une rupture juridique⁹. Cette rupture passe par la substitution du parent par un tiers, dont le rôle sera d'assurer la continuité et la pérennité de la protection, via des procédures distinctes de la protection de

¹ Anc. art. L. 112-3 CASE.

² *Ibid.*

³ J.-P. Rosenczveig, « La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant », *JDJ* 2016/3 (n° 353), pp. 16-36.

⁴ Loi du 14 mars 2016, n° 2016-297, relative à la protection de l'enfant, *JO*, 15 mars 2016 texte n° 1 ; C. Brunetti-Pons, « La proposition de loi sur la protection de l'enfant, ses apports, les limites de ses ambitions et ses manques », *Gaz. Pal.*, 18 juin 2015, p. 4 ; I. Corpart, « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. fam.*, juillet 2016, étude 14 ; F. Eudier, A. Gouttenoire, « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, une réforme impressionniste », *JCP* 2016, p. 814 ; J.-P. Rosenczveig, *pré. cit.*

⁵ Art. L. 112-3 al. 1 CASE.

⁶ *Ibid.* al. 3.

⁷ Art. 7 CIDE, v. J.-P. Rosenczveig, « La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant », *op. cit.*

⁸ B. Lamy, « Assistance éducative et droit au respect de la vie familiale », *Dr. fam.*, décembre 2000, comm. p. 150 ; principe rappelé dans les arrêts : CEDH, W., B et R. c/ Royaume-Uni, 8 juillet 1987, n° 9276/81, série A, n° 121, respectivement p. 27, § 59, p. 71, § 60 et p. 117, § 64 ; CEDH, Olsson c/ Suède (n° 1), 24 mars 1988, n° 10465/83, série A, n° 130, p. 29, § 59 ; CEDH, Erikson c/ Suède, 22 juin 1989, n° 11373/85, série A, n° 156, p. 24, § 58 ; CEDH, Margarita et Roger Andersson c/ Suède, 20 février 1992, n° 12963/87, série A, n° 226-A, p. 25, § 72 ; CEDH, Keegan c/ Irlande, 26 mai 1994, n° 16969/90, série A, n° 290, p. 19, § 50 ; CEDH, Mc Michael c/ Royaume-Uni, 24 février 1995, n° 16424/90, série A, n° 307-A, p. 55, § 86 ; CEDH, Johansen c/ Norvège, 7 août 1996, n° 17383/90, *Recueil* 1996, III, p. 1001-1002, § 52 ; CEDH, Bronda c/ Italie, 9 juin 1998, n° 22430/93 *Recueil* 1998, IV, p. 1489, § 51, CEDH, Buscemi c/ Italie, 16 septembre 1999, n° 29569/95, § 53 ; CEDH, Benjamin G. c/ France, 19 septembre 2000, n° 40031/98.

⁹ J.-P. Rosenczveig, « La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant », *op. cit.*

l'enfance ; soit par une délégation, soit par le retrait de l'autorité parentale, et si nécessaire, l'ouverture d'une tutelle¹. L'aide et l'assistance apportées dans le cadre de cette protection « ne peuvent se concevoir que comme des méthodes nécessitant d'intervenir aux côtés des personnes et non comme des interventions excluant ces dernières. »² Le parent, en dépit de ses difficultés, reste un acteur à part entière de la protection de l'enfance. À ce titre, cette protection joue un rôle essentiel auprès des parents-mineurs dont les besoins de soutien et d'accompagnement dans leur rôle s'avèrent potentiellement plus importants en raison de leur minorité³. L'âge ne permet pas à lui seul de présumer l'incompétence de ces jeunes parents⁴. Par son caractère subsidiaire et supplétif, la protection de l'enfance requiert que l'enfant demeure soumis à l'autorité de ses parents. La disparition de l'autorité parentale entraîne avec elle celle de la protection de l'enfance. Cette protection n'a donc pas d'existence propre et conserve un lien avec le statut de la minorité, elle a besoin d'une base, l'autorité parentale, ou à défaut la tutelle. Les contours de la protection de l'enfance correspondent à la période de la minorité durant laquelle toute personne est placée sous la dépendance de son parent et s'expose à ses éventuelles défaillances.

B- La délimitation du domaine de la protection de l'enfance

387. La protection de l'enfance joue un rôle subsidiaire à l'autorité parentale. Dans cette condition, elle n'existe qu'au travers de la protection offerte à l'enfant en raison de sa minorité. Le point de départ de cette protection coïncide avec l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale (1) et s'éteint avec la disparition de ce droit (2). La protection de l'enfance est intimement liée à la notion d'enfance et de minorité qui place toute personne durant les premières années de son existence sous la dépendance de la protection de l'autorité parentale.

¹ V. *infra* nos 549 et 566.

² Art. L. 112-3 al. 3 CASF.

³ D. Sibertin-Blanc, « Le bébé de mère adolescente, à qui appartient-il ? », *Revue de médecine et santé de l'adolescent*, décembre 2001, n° 2, p. 21 : « Après avoir été un problème de santé publique du fait de leur nombre, puis un problème de médecine périnatale du fait des risques encourus par ces grossesses négligées, le destin de ces bébés est en passe d'être reconnu aussi comme un problème de psychiatrie périnatale avec comme objectif la prévention et la promotion de la santé mentale, la leur, mais aussi celle de leur mère dont ils sont tributaires, non pour faire du destin de ces bébés et de leur mère un problème psychiatrique, d'en faire des cas cliniques avérés ou potentiels et de revenir très loin en arrière, dans une logique de désignation et d'exclusion, mais au contraire de parfaire leur approche, leur accompagnement, de mieux soutenir les aptitudes maternelles de ces jeunes mères [...]. »

⁴ *Ibid.*, « nombreuses parmi ces mères adolescentes, par la peur qu'elles inspirent et les soupçons que leurs comportements font naître sont plus surveillées et jugées qu'aidées à poursuivre leur double itinéraire : celui inachevé de leur adolescence et celui engagé trop tôt et souvent bien mal dans le processus de la parentalité. Et leurs enfants, "des enfants d'enfants", sont des candidats idéaux pour tomber dans les logiques administratives de ceux qui "au nom de l'intérêt de l'enfant" veillent à leur protection. » ; v. L. Bettoli, « Parents mineurs : la grossesse, facteur de maturation pour les jeunes parents ? quels risques comporte-t-elle ? quel accompagnement à Genève ? », *Médecine & Hygiène*, 2003/2, vol. 24, pp. 179-191, spéc. pp. 187 et s.

1. La protection de l'enfant au travers de son parent-mineur dès sa conception

388. Parce que nous naissons vulnérables, la loi attribue aux personnes, durant les premières années de leur vie, une protection spécifique via l'autorité parentale. Son attribution se fait par les liens de filiation existant entre l'enfant et les personnes qui seront chargées d'exercer cette protection, que ce soit à l'accouchement pour la mère¹ ou à la reconnaissance pour le père qui ne bénéficie pas de la présomption de paternité par le mariage². La protection de l'autorité parentale n'existe qu'à la double condition qu'il y ait une personne à protéger et que celle-ci soit mineure. Cela signifie que les droits et obligations que la société met à la charge des parents naissent avec l'enfant et durent jusqu'à son émancipation ou sa majorité³.

389. En dépit des progrès techniques permettant aux futurs parents de prendre conscience et de se préparer de plus en plus tôt à leur rôle⁴, cette fonction de protection demeure conditionnée à ce que l'enfant naisse vivant et viable⁵. Le statut de parent et l'autorité parentale qui en est l'un de ses attributs sont conditionnés à la personnalité juridique de l'enfant. Sur cette question, la protection civile accordée aux personnes suit cette même logique comme l'illustre l'arrêt d'assemblée plénière du 29 juin 2001 qui a refusé d'appliquer les textes relatifs à l'homicide involontaire dans le cas de l'enfant à naître⁶. En l'absence de personne juridique à protéger, il n'y a pas lieu d'organiser cette protection et encore moins de la placer sous l'autorité de ses futurs parents. Faute d'existence propre, l'enfant à naître n'est appréhendé qu'au travers de la personnalité juridique de la femme qui le porte. Sa volonté n'a pas à être substituée et il n'y a pas lieu de le représenter dans les actes juridiques faute d'un intérêt spécifique distinct de la femme qui le porte. L'autorité parentale, faute d'intérêt à défendre demeure sans objet tant que l'enfant ne bénéficie pas d'une personnalité juridique dissociable de celle de sa mère.

390. La convention internationale relative aux droits de l'enfant a rappelé les principes dégagés antérieurement par la déclaration universelle des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 qui considère dans son préambule « que l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance ». Quid d'un enfant à naître, dont le développement serait compromis

¹ V. *supra* n° 132.

² V. *supra* n° 134.

³ Art. 371-1 al. 2 C. civ.

⁴ Sur l'échographie : S. Missonnier, « L'échographie obstétrical : un rituel singulier d'initiation à la parentalité ? », in *L'échographie de la grossesse. Promesses et vertiges*. ERES, éd. Michel Soulé, 2011, pp. 159-188 ; sur les diagnostics prénataux : B. Bévière-Boyer, « Chapitre 6. Les diagnostics anténataux, les risques du progrès », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2017/4 (vol. 28), pp. 93-110.

⁵ L'exigence de ces deux conditions cumulatives nécessaires à l'acquisition de la personnalité juridique ne figure pas expressément dans la législation, mais peut se déduire des articles 318, 725 et 906 du Code civil ; M. Lamarche, « Embryons, statut de l'embryon, avortement, acte d'enfant sans vie, libres propos sur un amalgame soi-disant juridique », *Dr. fam.* 2008, Alerte 22.

⁶ Cass., ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, *Bull. civ.*, n° 8 ; *Bull. crim.* n° 165 ; *D.* 2001. chron. p. 2907, note J. Pradel et 2917, note Y. Mayaud ; *JCP* 2001, II, 10569, note M.-L. Rassat ; *LP4*, 2001, n° 130 ; *Dr. pénal*, 2001, chron. p. 34, obs. L. Demont ; *RTD. civ.* 2001, p. 560, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2001. chron. p. 22, obs. D. Joly ; Y. Mayaud, « Violences involontaires : Théorie générale », in *Rep. pén.*, Dalloz, octobre 2006, (actualisation mai 2019), n°s 10 et s.

par le comportement d'un parent qui peine manifestement à se protéger lui-même¹ ? Comme par exemple, lorsque la mineure refuse de modifier ses habitudes de vie au risque de porter atteinte au bon déroulement de sa grossesse, surtout en cas de conduite addictive, par une consommation d'alcool, de tabac ou de produits stupéfiants. Ces risques sont particulièrement évoqués lorsqu'il s'agit de parents-mineurs². Face à ces situations qui rendent les grossesses à risque, entraînant de graves conséquences sur l'évolution de l'enfant pendant et après sa naissance, il a été envisagé de permettre à la protection de l'enfance d'intervenir pour sauvegarder l'intérêt de tous les enfants, qu'ils soient nés ou simplement conçus.

391. Ce raisonnement est défendu par une partie de la doctrine³ qui voit dans l'enfant à naître un sujet de droit⁴ en l'absence de remise en cause de la grossesse. Ces auteurs fondent leurs propos sur l'application de l'adage *infans conceptus*⁵, qui permet de faire rétroagir l'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant dès sa conception, à la condition qu'il naisse et que cela serve son intérêt⁶. La protection de l'enfance a vocation à intervenir lorsqu'il est démontré que les intérêts de l'enfant sont mal compris ou mal préservés par les personnes qui assurent sa protection. Le comportement des parents durant la grossesse peut légitimer cette intervention s'il impacte directement le développement de l'enfant à naître, les conséquences pouvant dans ce cas engager la santé et l'avenir de l'enfant bien après sa naissance⁷. Un juge des enfants a pu étendre la mesure de protection ouverte au bénéfice de la fratrie à un enfant à naître⁸. Pour s'appliquer, l'adage *infans conceptus* implique que l'enfant soit né vivant et viable, donc qu'il dispose préalablement de la personnalité juridique⁹. Au moment de la mise en place de cette protection, l'enfant n'en qu'au stade de la conception. Il n'est pas possible de faire rétroagir une personnalité juridique qui n'existe pas encore. Cette difficulté ne peut être juridiquement surmontée, y compris lorsque la mère fait connaître son souhait de poursuivre sa grossesse jusqu'à son terme. Cette utilisation de l'adage *infans conceptus* remet en question la liberté de la femme de disposer de son corps

¹ V. G. Raymond, « Assistance éducative », *op. cit.*, n° 10.

² J.-F. Eschylle, « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineurs célibataires », *RDSS* 1997, p. 639. Sur les comportements liés aux addictions, v. l'expertise collective réalisée par l'Inserm, *Conduites addictives chez les adolescents – Usages, prévention et accompagnement*, éd. Inserm, 2014 ; rapport Uzan sur la prévention et la prise en charge des grossesses adolescentes, *op. cit.*, spéc. p. 14 ; A. Cheynet de Beaupré, « Quand les enfants sont parents (ou comment ordonner le placement mère-enfant sans ordre à la mère ?) », *RJPF*, juillet-août 2017, pp. 42 et s. ; pour une illustration : ex CA Rouen, ch. mineurs, 5 avril 2016, n° 15/04850.

³ G. Mémeteau, « Le refus de soins à enfant conçu », *RDSS* 1979, p. 324 ; P. Raynaud, note ss Juge des enfants d'Évry, 8 novembre 1982, *D.* 1983, p. 220 ; G. Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, éd. Litec, 5^{ème} éd. 2006, n° 543 ; du même auteur, « Assistance éducative », in *Rép. civ.*, Dalloz, 2010, n° 10.

⁴ G. Mémeteau, « Le prélèvement à des fins thérapeutiques sur le fœtus de lege ferenda », *Gaz. Pal.* 1983, p. 323.

⁵ *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur.*

⁶ V. en matière pénale : B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse (dactyl.) Nancy, 1993, pp. 291 et s.

⁷ Sur les conséquences du tabagisme et de l'alcoolisme fœtal : HAS, « Troubles causés par l'alcoolisation fœtal », *Fiche mémo HAS*, Juillet 2013, ainsi que son rapport d'élaboration : « Troubles causés par l'alcoolisation fœtal : dépistage », *HAS*, Juillet 2013 ; Inpes, « Alcool et tabac », *baromètre santé 2017*, et les références bibliographiques associées ; D. Germanaud, S. Toutain, « Exposition prénatale à l'alcool et troubles causés par l'alcoolisation fœtale », *Contrast*, 2017/2 (n° 46), pp. 39 à 102.

⁸ CA, Toulouse, 12 décembre 2012, n° 13-00045, cité par J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Champ d'application. Conditions », *op. cit.*, n° 25.

⁹ J.-F. Eschylle, M. Huyette, *ibid.*

et ressuscite la fonction de curateur au ventre¹. L'enfant simplement conçu ne peut faire l'objet d'une mesure de protection tant qu'il ne bénéficie pas du statut de mineur². Le commencement de protection de l'enfance par la société ne peut précéder l'autorité parentale ou à défaut, l'autorité tutélaire, en l'absence d'enfant à protéger.

392. Bien que l'enfant à naître ne puisse bénéficier directement d'une protection de substitution en l'absence de personnalité juridique, il est possible d'envisager une protection indirecte. L'enfant à naître, au-delà du statut qui lui est accordé par la loi, peut-être appréhendé au travers de la personnalité juridique de la femme qui le porte. Lorsque la future mère est mineure, elle demeure sous l'autorité parentale de ses parents qui sont chargés de sa protection et de veiller à sa santé. L'enfant à naître en tant qu'élément du corps de la mineure bénéficie de cette protection. Toutes les décisions nécessaires à la protection de la santé de l'enfant à naître ne reviendront pas à la parturiente, mais à ses père et mère qui exercent sur elle l'autorité parentale, à l'exception de l'interruption volontaire de grossesse pour motif personnel³. Lorsque la mineure enceinte expose son enfant à naître à un danger pour sa santé, c'est sa propre santé qui est en jeu et c'est à ses parents d'agir pour l'en protéger. À défaut, la protection de l'enfance pourra pallier les carences ou l'inaction des parents, lorsqu'elles exposent la mineure enceinte à un danger⁴ pour elle⁵ ou son futur enfant⁶. Cela peut être le cas « si la mineure enceinte est alcoolique ou toxicomane, il pourrait lui être proposé une cure de désintoxication, pour préserver sa santé et la santé de l'enfant à naître »⁷, ou lorsque la grossesse engendre un conflit avec ses parents. Au travers de la protection offerte à la mère en raison de sa minorité, le droit permet de protéger indirectement l'enfant à naître, à condition que cette protection ne soit plus assurée par les titulaires de l'autorité parentale sur la future mère mineure. Ce raisonnement ne peut être transposé à une femme majeure, car elle est présumée disposer d'un discernement suffisant pour protéger seule ses intérêts. Elle peut durant la grossesse adopter des comportements de nature à compromettre le développement de l'enfant à naître, sans que la protection de l'enfance puisse intervenir faute d'enfant à protéger. Un accompagnement et un suivi peuvent lui être proposés via l'action de la protection maternelle et

¹ Anc. art. 393 C. civ. ; v. M. Douchy-Oudot, L. Sebag, « Assistance éducative », in *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. n° 1400-20, n° 58 ; sur le rôle du curateur au ventre : R. Le Guidec, G. Chabot, « Successions : dévolution », in *Rep. civ.*, Dalloz, janvier 2009, (actualisation juillet 2019), n° 96 ; sur la situation juridique de l'enfant à naître antérieur aux lois bioéthiques : G. Mémeteau, « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD. civ.*, 1990, p. 611.

² V. M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse dactyl., Lyon 3, 2006, nos 277 à 281, spéc. n° 280.

³ V. *infra* nos 394.

⁴ Sur les conditions d'intervention de la protection de l'enfance : v. *infra* nos 397 s.

⁵ Ex. : en cas de détresse émotionnelle ou psychologique de l'adolescente face à son état, v. T. Dubaele, note sous Bordeaux, 4 décembre 1991, *D.* 1993, p. 130, l'auteur souligne que les grossesses chez les adolescentes, surtout lorsqu'elles sont imprévues, peuvent se révéler « source d'un traumatisme émotionnel majeur ». L'auteur estime que dans cette situation, l'assistance éducative permettrait de « les réconcilier avec un corps apparu soudainement étranger et inconnu ».

⁶ Sur les effets d'une consommation de produits stupéfiants durant la grossesse par la mère sur l'enfant un fois né : CA Rouen, 14 février 2012, n° 11/05971, *inédit*. En l'espèce, l'enfant présentait des signes de syndrome majeur de sevrage toxicomane nécessitant une prise en charge médicale importante.

⁷ J.-F. Eschylle, « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *op. cit.*, n° 45.

infantile (PMI)¹, qui s'adressent « aux femmes enceintes et aux jeunes mères de famille, particulièrement les plus démunies »², et réalise ses actions en lien avec les services sociaux et l'Aide Sociale à l'Enfance³. Ce maillage et la coopération des différents acteurs de prévention et de protection de l'enfance permettent aux grossesses des mineures de bénéficier d'une surveillance accrue. À ce stade, l'aide proposée ne revêt pas de caractère contraignant faute d'enfant à protéger⁴, sauf lorsque la mère est encore mineure. Dans cette hypothèse, la contrainte pourra s'exercer sur ses parents chaque fois que leur inaction ou leur refus met en danger sa santé, cette situation pouvant faire l'objet d'un signalement judiciaire avec le cas échéant la saisine du juge des enfants pour que soit envisagé la mise en place d'une mesure d'assistance éducative, qui s'imposera tant à la mineure qu'à ses parents. L'enfant à naître sera indirectement protégé par les mesures destinées à préserver la santé de sa mère mineure.

393. Ce n'est qu'une fois l'enfant né, qu'il pourra bénéficier directement de cette protection, si d'une part il acquiert la personnalité juridique et d'autre part, devient dépendant de l'autorité de ses parents. Cette protection permet d'appréhender globalement le contexte familial dans lequel évoluent le parent-mineur et son enfant. Les parents tant qu'ils exercent leur autorité parentale sur le parent-mineur peuvent bénéficier d'une aide éducative contractuelle⁵ ou d'une assistance éducative judiciaire⁶ dans l'exercice de leur fonction, tout comme le parent-mineur à l'égard de son enfant. La protection de l'enfance est amenée à jouer un rôle central face aux difficultés traversées par ces familles dont le fonctionnement demande à être envisagé dans sa globalité. Cette protection supplétive du parent n'est possible qu'à condition que l'enfant bénéficie toujours de la présomption de vulnérabilité résultant de sa minorité.

2. Une protection conditionnée à la minorité de l'enfant et à sa dépendance à un régime de protection civil

394. Depuis la loi du 4 juin 1970⁷, la protection de l'enfance par l'assistance éducative est restreinte aux mineurs non-émancipés⁸, tout comme l'aide contractuelle apportée par les départements⁹. La protection de l'enfance est soumise à la présomption de vulnérabilité liée à l'état de minorité, qui place l'enfant sous la dépendance de l'autorité parentale ou à défaut, de l'autorité tutélaire. Lors de l'adoption de la loi du 4 juin 1970, l'exclusion des mineurs émancipés de la protection de l'enfance a fait l'objet de vives critiques, qui ont abouti à un amendement permettant à ces derniers de bénéficier de la protection de l'assistance éducative en dépit de leur émancipation¹⁰. Cet amendement n'a pas été retenu par les

¹ Créé par l'ordonnance du 2 novembre 1945, n° 45-2720, relative à la protection maternelle et infantile, JO 5 novembre 1945, p. 7297 ; M.-L. Cardart, « L'enfant et la PMI, d'hier à aujourd'hui », *Information sociale*, 2007/4, n° 140, pp. 52 à 63.

² Art. L. 146 CSP.

³ Art. L. 226-1 à 11 CASF.

⁴ V. G. Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, éd. Litec, 5^{ème} éd. 2006, n° 637.

⁵ V. *infra* n°s 425 s.

⁶ V. *infra* n°s 430 s.

⁷ Loi 4 juin 1970, n° 70-459, relative à l'autorité parentale, JO 5 juin 1970, p. 5227.

⁸ Art. 375 C. civ.

⁹ Art. R. 221-3 al. 3 CASF.

¹⁰ M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, n°s 205-207, pp. 148-149.

parlementaires, qui ont considéré que « l'assistance éducative ne peut intervenir que dans la mesure où il y a autorité parentale. Lorsqu'il y a émancipation, il n'y a plus d'autorité parentale »¹. Cette affirmation met en lumière l'idée selon laquelle le volet de l'assistance éducative constitue un moyen de contrôle de la société sur l'exercice de l'autorité parentale. Les parents faisant l'objet de ce contrôle ne peuvent émanciper leur enfant sans l'autorisation du juge des enfants². L'objectif est ainsi d'éviter que des parents ne sollicitent l'émancipation de leur enfant dans le seul but d'échapper aux contraintes imposées par le juge. Toute émancipation obtenue sans son autorisation sera sanctionnée par son inopposabilité au juge des enfants³. À ce sujet, les propositions doctrinales⁴ qui envisagent l'émancipation comme réponse au paradoxe de la situation juridique dans laquelle sont enfermés les parents-mineurs, rencontrent ici un premier écueil. L'émancipation des parents-mineurs entraîne dans son sillage le bénéfice de la protection de l'enfance offerte par la société à son égard⁵. Bien que le mineur soit lui-même devenu parent, ce statut ne met pas fin à la vulnérabilité inhérente à sa minorité⁶ et peut conduire à son aggravation faute d'un accompagnement ou d'une prise en charge adaptés à ses besoins, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un très jeune parent. En dépit de son émancipation, la vulnérabilité du parent-mineur peut justifier l'intervention de la protection de l'enfance. Dans ce cas, le parent-mineur ne pourra plus prétendre à cette protection en tant que mineur, mais pourra en bénéficier en tant que parent, au travers de son enfant, et sous réserve qu'il exerce sur lui l'autorité parentale.

395. Limiter la protection de l'enfance à l'exercice de l'autorité parentale n'apparaît pas satisfaisant. Cette protection peut intervenir dans les cas où l'autorité parentale, a disparu au profit d'une autorité tutélaire⁷. Dans un arrêt du 3 novembre 2004⁸, la Cour de cassation a accepté que la mesure d'assistance éducative ordonnée au bénéfice de l'enfant soit renouvelée alors que « le père n'avait plus l'exercice de l'autorité parentale, même s'il en conservait le droit et que le mineur était pris en charge par le service de l'Aide Sociale à l'Enfance [...] » dans le cadre d'une tutelle portant sur sa personne ainsi que sur ses biens. Cette constatation conduit un auteur à suggérer que la protection de l'enfant serait soumise non pas à l'exercice de l'autorité parentale, mais à l'existence d'une « fonction parentale », voire à l'incapacité juridique du mineur⁹. Cette explication semble encore incomplète, car la fonction parentale ne se limite

¹ L. Jozeau-Marigné, rapporteur, débats du Sénat, JO 14 mai 1970, p. 391.

² Art. 375-7 al. 1 C. civ.

³ Ex. : TGI Béthune, 9 févr. 1972, *Dr. enfance et fam.*, 1971, p. 82 ; JE Paris, 23 mars 1973, *Dr. enfance et fam.* 1973, p. 78 ; JE Rennes, 10 avril 1976, *Dr. enfance et fam.* 1/1976, p. 91.

⁴ V. *infra* n° 675, note n°3

⁵ JO Sénat CR, séance du 13 mai 1970, p. 391.

⁶ A. Daguerre, C. Nativel, *Les maternités précoces dans les pays développés : problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, CNAF, février 2004, doss. Étude n° 53, spéc. pp. 18 et s. : « La maternité précoce est associée au risque de pauvreté et à la dépendance économique et sociale pour la jeune mère, elle diminue considérablement les chances d'avoir accès à une formation de qualité et un emploi stable et correctement rémunéré. », p. 22 ; par ailleurs, il convient de rappeler le constat selon lequel plus la mère est jeune plus le taux de reconnaissance de l'enfant par son père tend à diminuer favorisant l'émergence de familles monoparentales. V. P. Germé et L. Richet-Mastain, « Reconnaître son enfant : une démarche de plus en plus fréquente et de plus en plus précoce », *INSEE première*, octobre 2006, n° 1105.

⁷ V. *infra* n° 597.

⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004, n° 03-05056 ; *RDSS* 2005, p. 304, note F. Monéger ; *RTD. civ.* 2005, p. 100, obs. J. Hauser.

⁹ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 26

pas à compenser une incapacité juridique, mais également l'immaturation présumée du mineur. Si l'émancipation est prononcée ce n'est qu'à condition qu'elle soit nécessaire et que le juge se soit préalablement assuré que l'enfant dispose d'une maturité et d'un discernement suffisants pour prendre seul toutes les décisions qui le concernent¹. Cette vérification est réalisée par le procureur de la République lorsque l'émancipation est envisagée dans le cadre du mariage, l'union ne pouvant être célébrée sans son autorisation². En d'autres termes, il est nécessaire de démontrer que la protection offerte par l'autorité parentale n'est plus justifiée pour pallier l'immaturation présumée du mineur, à l'origine de son inaptitude.

396. La loi prévoit la possibilité d'organiser la continuité de la protection des mineurs émancipés. L'article premier du décret du 18 février 1945³ dispose dans son premier alinéa que « jusqu'à l'âge de vingt-et-un ans, toute personne majeure ou mineure émancipée éprouvant de graves difficultés d'insertion sociale a la faculté de demander au juge des enfants la prolongation ou l'organisation d'une action de protection judiciaire ». Des dispositions similaires ont été reprises à l'article L. 222-5 du Code de l'action sociale et des familles afin d'organiser un accompagnement administratif, indépendant de l'action judiciaire. L'alinéa 6 de cet article envisage la possibilité pour l'Aide Sociale à l'Enfance de prendre en charge à titre temporaire les mineurs émancipés et les majeurs âgés de moins de vingt-et-un ans. Cette prise en charge administrative se fait dans les mêmes conditions que la prise en charge judiciaire, à savoir en raison des difficultés d'insertion sociale. L'article précise les causes de ces difficultés : peuvent bénéficier de ce soutien, les jeunes qui ne disposent pas des ressources ou de l'aide familiale suffisantes. La législation fait preuve de pragmatisme afin d'éviter tout effet de seuil conduisant à une rupture brutale de la protection. Si la maturité se présume aux dix-huit ans ou à l'émancipation de l'enfant, ces échéances ne signifient pas nécessairement la fin de la vulnérabilité de ces jeunes qui, en dépit de leur aptitude et de leur capacité juridique, ne sont pas encore pleinement autonomes⁴. Cette protection ne peut plus leur être imposée, celle-ci doit tenir compte de leur autonomie juridique nouvellement acquise, ce qui requiert leur accord⁵. Bien que cette protection repose sur les mêmes acteurs, il ne s'agit plus d'une protection liée à l'enfance, mais d'une protection administrative et

¹ V. *infra* n° 688 (émancipation judiciaire) et n° 693 (émancipation légale).

² V. *infra* n° 695.

³ Décret, n° 75-96, 18 février 1975, *JO* 19 févr. 1975, p. 2030.

⁴ Sur l'accompagnement des jeunes majeurs : F. Capelier (dir.), *L'accompagnement vers l'autonomie des « jeunes majeurs »*, rapport d'étude ONED, janvier 2015, La doc. fr.

⁵ Art 1 al. 2 du décret, n° 75-96 du 18 février 1975 ; art. R. 221-2 al. 3 CASF. Une proposition de loi n°262, visant à renforcer l'accompagnement des jeunes majeurs vulnérables vers l'autonomie, du 7 mai 2019, [adopté par l'Assemblée nationale en première lecture], prévoit la création d'un nouveau « contrat d'accès à l'autonomie » qui sera obligatoirement proposé aux jeunes en difficulté entre 18 et 21 ans (et au-delà dans certains cas). Ce « contrat », est signé entre le jeune et le Conseil départemental, avec des engagements réciproques, organisant un suivi renforcé en matière d'éducation, de formation, de logement, d'accès aux droits et aux soins.

judiciaire autonome, qui relève soit de la « protection des mineurs »¹ soit de « la protection des jeunes majeurs » qui pourra être proposée au parent-mineur à sa majorité. La protection de l'enfance apparaît moins conditionnée à la présomption d'imaturité de l'enfant qu'à sa soumission à un régime civil de protection palliant sa vulnérabilité.

§ 2 : Les conditions de l'intervention de la protection de l'enfance auprès du parent-mineur et de son enfant

397. L'intérêt de l'enfant constitue aujourd'hui non seulement le fondement, l'objectif, mais également la limite des droits dont les parents sont titulaires, mettant fin à l'absolutisme qui a pu un temps caractériser la puissance paternelle, au profit d'un contrôle raisonné de leurs décisions². Les parents-mineurs, en raison de la spécificité de leur statut, sont concernés à double titre par ce contrôle, soit directement en tant que parents, soit indirectement en tant qu'enfants. Cette spécificité permet d'envisager une intervention de la société non seulement dans les relations entre le parent-mineur et son enfant, mais aussi avec ses propres parents. Par sa nature supplétive, cette ingérence est conditionnée à la situation de l'enfant qui permet de démontrer la vulnérabilité du parent dans sa fonction³. Dans son rapport de 2009, la Cour de cassation estime que la vulnérabilité « se constate lors de la conclusion d'un acte ou de l'exercice d'un droit à l'occasion desquels les circonstances rendent la personne vulnérable. La vulnérabilité est toujours celle d'une personne et se caractérise toujours par une faiblesse particulière du sujet de droit, mais elle s'observe ponctuellement et à raison des circonstances »⁴. La protection de l'enfance apprécie la vulnérabilité de la fonction parentale du point de vue de l'enfant, soit par la démonstration d'un danger que l'autorité parentale peine à écarter (**A**), soit par une situation familiale qui, dans son ensemble, compromet gravement son développement ou son éducation, les carences parentales étant plus globales (**B**).

¹ Sur cette notion v. J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n°s 1 et 26 ; Une résolution sur les mesures de protection des mineurs dans l'Union européenne, A4-0393/96, JO du 20/01/1997, p. 1070 § C définit la protection des mineurs comme : « l'ensemble des activités sociales qui doivent concourir à assurer aux jeunes un développement normal et à valoriser leurs capacités, pour que, dans la famille et dans la société, ils deviennent des adultes aptes à affronter les responsabilités de la vie » ; les seuils d'âge fixés par la loi ne sont pas toujours représentatifs de la situation sociale, économique et professionnelle de l'individu : v. G. Séraphin, « Protéger un enfant en accompagnant la construction de son parcours de vie. Les récents rapports "Enfance/Famille" en perspective », *JDJ*, n° 338-339, 2014, pp. 47 à 63 ; « la catégorie de jeunes majeurs est-elle particulièrement difficile à appréhender, d'autant plus que dans le champ de la protection de l'enfance, cette notion fait référence à une partie seulement des jeunes adultes, à savoir les jeunes sortant du dispositif de protection ainsi que les jeunes confrontés à des difficultés familiales, sociales et éducatives susceptibles de compromettre gravement leur équilibre. » : F. Capelier (dir.), L'accompagnement vers l'autonomie des « jeunes majeurs », rapport d'étude ONED, *op. cit.* ; Y. Favier, « L'accompagnement vers l'autonomie des jeunes sortant du dispositif de protection de l'enfance. », *Revue de littérature internationale*, octobre 2014, pp. 109-111.

² Art. 371-1 C. civ. ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.* n°s 736 et s.

³ S. Moracchini-Zeidenberg, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. fam.* n°10, octobre 2012, étude 17, n°1, « sont des personnes vulnérables celles qui ne sont, de fait, pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés », l'auteur se référant au rapport annuel de la Cour de cassation 2009. V. également, J. Hauser, « La notion d'incapacité », *LPA*, 17 août 2000, p. 3.

⁴ Rapport annuel 2009, 3^{ème} partie Étude, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, disponible sur le site de la Cour de cassation. Avant-propos du professeur Xavier Lagarde, n°1.4.3. [consulté le 1^{er} octobre 2019]

A- Le danger, critère d'intervention transversal de la protection de l'enfance

398. Si tous les bonheurs se ressemblent, chaque infortune présente une physionomie particulière¹. Le législateur s'est gardé de définir la notion du danger qui fonde non seulement l'intervention judiciaire², mais aussi la protection sociale depuis la loi du 5 mars 2007³. Le danger est devenu une notion centrale⁴ et transversale⁵ de la protection de l'enfance⁶, qui conditionne non seulement la protection du parent-mineur à l'égard de son parent, mais également celle dont bénéficie l'enfant à l'encontre de son parent-mineur. Il convient d'apprécier la notion de danger (1) ainsi que l'objet auquel il s'applique (2), qui délimite le champ d'application de cette protection pour l'enfant comme pour son parent-mineur, sans restreindre cette notion comme le ferait une définition.

1. L'appréciation du danger par ses causes

399. Si la notion de danger est transversale à la protection de l'enfance⁷, son appréciation relève principalement de l'office du juge. Par son caractère non contraignant, l'appréciation du danger dans le cadre de l'aide éducative résulte d'un consensus obtenu entre le service évaluant la situation familiale et les parents qui, acceptant l'aide extérieure proposée, reconnaissent non seulement l'existence d'un danger pour leur enfant, mais également les difficultés qu'ils rencontrent pour l'en préserver. Dans ce cadre administratif, le danger revêt un caractère relatif autorisant le service comme le parent à mettre fin unilatéralement à l'aide s'ils estiment qu'elle ne se justifie plus. En cas d'opposition des parents, la protection de l'enfant ne pourra se mettre en place par le biais judiciaire de l'assistance éducative, qui dispose d'un pouvoir de contrainte. L'appréciation du danger reviendra au juge, tenu de le caractériser pour justifier sa compétence, laquelle ne peut être légitimée par le seul intérêt de l'enfant⁸. Si le danger

¹ L. Tolstoy, *Anna Karenine*, t1, La Bibliothèque électronique du Québec, coll. À tous les vents, p. 6.

² Art. 375 C. civ.

³ Loi du 5 mars 2007, n° 2007-293, réformant la protection de l'enfance, *JO*, 6 mars 2007, p. 4215 ; v. l'art. L 221-1 CASF qui définit les missions du service d'Aide Sociale à l'Enfance et prévoit dans son second alinéa qu'il est chargé d'« apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique tant aux mineurs et à leur famille ou à tout détenteur de l'autorité parentale, confrontés à des difficultés risquant de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité de ces mineurs [...] » ; V. Péresse, rapport n° 3256, sur le projet de loi réformant la protection de l'enfance, 5 juillet 2006, *Assemblée nationale*, p. 63 : « Le gouvernement a donc décidé d'intégrer dans le Code de l'action sociale et des familles la notion de mineur en danger qui permettra aux services de l'Aide Sociale à l'Enfance (ASE) d'intervenir dans des situations beaucoup plus variées, pouvant mettre moralement ou physiquement l'enfant en danger, telles que la grande précarité économique et sociale lorsqu'elle conduit les parents à ne plus pouvoir faire face à leurs responsabilités, l'instrumentalisation de l'enfant dans le cadre d'une séparation parentale très conflictuelle, la maladie grave d'un parent l'empêchant d'assurer pleinement ses tâches éducatives ou encore des difficultés importantes de relations entre parents et enfant quand elles ne peuvent plus être traitées par les seuls moyens classiques d'aide à la parentalité. ».

⁴ Le danger constitue « le point central de la construction édictée par l'ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 » : P. Robert, « L'assistance éducative à travers la jurisprudence (second tableau de jurisprudence) », *JCP G* 1970, I, 2312, n° 5.

⁵ « Le danger doit donc constituer la mesure même de protection, aussi bien administrative que judiciaire, il doit en être la justification et aussi la limite » : F. Macorig-Venier, « Le danger demeure-t-il le critère de l'action préventive de l'Aide Sociale à l'Enfance ? », *RDSS*, 1993, chron. p. 172.

⁶ Le rôle de la notion de danger a été renforcé par la loi du 14 mars 2016 n° 2016-297 (*JO* du 15 mars 2016 texte n° 1), qui l'a intégré dans la définition de la protection de l'enfance donnée à l'article L. 112-3 CASF.

⁷ Loi du 5 mars 2007, n° 2007-293, *op. cit.*

⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 26 février 1975, n° 73-80011, *Bull. civ.* I, n° 83, p. 73 ; *D.* 1975, somm. p. 62.

conserve un caractère purement factuel laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond¹, cela ne signifie pas l'arbitraire², car les décisions prises sont soumises à l'article 455 du Code de procédure civile, ainsi qu'au contrôle de la Cour de cassation qui veille à ce que son existence soit caractérisée³, car elle « doit être appréciée par le juge en fonction des circonstances de la cause »⁴.

400. En dépit du rôle central joué par cette notion dans la protection de l'enfance, l'existence du danger ne suffit pas pour légitimer à elle seule l'ingérence de l'État dans l'intimité familiale. Dans le cas d'une exposition de l'enfant à un danger, c'est dans un premier temps aux titulaires de l'autorité parentale de veiller à sa protection, comme prévu à l'article 371-1 du Code civil. Ce n'est que dans le cas où le parent ne parviendrait pas à protéger son enfant des dangers extérieurs, ou s'il l'y exposait par son comportement, que la société peut s'immiscer dans le fonctionnement familial. Un parent-mineur qui parvient à assurer la sécurité de son enfant ainsi qu'à le préserver des éventuels dangers de la vie ne relève pas de la protection de l'enfance. L'état de danger doit résulter du milieu ou du contexte familial de l'enfant⁵ et plus précisément de l'inaction ou de l'incapacité de ses protecteurs à user des prérogatives légales qui leur sont confiées pour assurer cette mission. Il est donc nécessaire que la fonction parentale soit perturbée au point d'exposer ou de mettre l'enfant en péril⁶. La protection de l'enfance trouve dans l'appréciation du danger un nouveau lien avec l'exercice de l'autorité parentale. L'appréciation de cette notion est moins la conséquence de sa nature que de son origine. Ce principe a été posé dès les années 1970⁷ en conditionnant l'intervention de la société aux « carences éducatives » appréhendées comme « l'abstention des personnes à qui incombe le soin de promouvoir le développement de l'enfant »⁸.

¹ Il s'agit d'une jurisprudence constante : Cass., civ. 1^{ère}, 7 avril 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 257 ; Cass., civ. 1^{ère}, 7 novembre 1973, n° 73-80001, *Bull. civ.* I, 1973, n° 264 ; Cass., civ. 1^{ère}, 23 novembre 1976, n° 75-80011, *Bull. civ.* I, 1976, n° 28 ; Cass., civ. 1^{ère}, 16 janvier 1979, *JCP G* 1979, IV, p. 95 ; *Bull. civ.* 1979, I, n° 22 ; Cass., civ. 1^{ère}, 25 novembre 1981, *JCP G* 1983, II, p. 19952, obs. F. Boulanger ; Pour une illustration d'une cassation en raison de l'insuffisance des motifs permettant de caractériser le danger : Cass., civ. 1^{ère}, 5 décembre 2012, n° 11-26.790, inédit ; Cass., ass. plén., 23 juin 1972, *Bull. civ.* 1972, ass. plén., n° 2 ; Cass., civ. 1^{ère}, 16 févr. 1977, *Bull. civ.* 1977, I, n° 90 ; Cass., civ. 1^{ère}, 8 octobre 1986, *Bull. civ.* 1986, I, n° 236 ; Cass., civ. 1^{ère}, 8 octobre 1985, *Bull. civ.* 1985, I, n° 247 ; Cass., civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, *D.* 1995, inf. rap. p. 113 ; Cass., civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *D.* 1992, jurispr. p. 51, note J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 2 novembre 1994, *JCP G* 1995, IV, p. 2 ; Cass., civ. 1^{ère}, 10 févr. 1998, *Juris-Data* n° 1998-000737 ; Cass., civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, *Juris-Data* n° 1998-002178 ; Cass., civ. 1^{ère}, 17 octobre 2018, n° 17-26161, inédit.

² Sans quoi il s'agirait d'une compétence non pas souveraine, mais discrétionnaire, C. Kan-Belivet, « V- assistance éducative », in *J.-Cl. Procédures formulaire*, fasc. 10, n° 16 ; Cass., civ. 1^{ère}, 28 juin 1965, *Juris-Data* n° 1965-700424 ; *Bull. civ.* 1965, I, n° 424 ; *RDSS* 1965, p. 350, obs. P. Raynaud.

³ V. P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., n° 741, p. 475 ; ex : Cass., civ. 1^{ère}, 14 mars 2018, n° 17-12615, inédit ; Cass., civ. 1^{ère}, 24 janvier 2018, n° 17-11277, inédit.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 2 novembre 1994, n° 93-05078, *Bull. civ.* 1994 I, n° 314, p. 228.

⁵ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., n° 741, p. 476.

⁶ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », op. cit., n° 52.

⁷ M. Henzy, *Les jeunes en danger. Le champ d'application de l'assistance éducative*, Vaucresson, Centre de formation et de recherche de l'Éducation surveillée, 1972.

⁸ *Ibid.*, p. 163.

Le danger n'implique pas nécessairement une faute du parent¹ ou l'existence d'un conflit², car ces deux notions ne recouvrent pas exactement le champ de compétences de la protection de l'enfance, qui d'une part ne recherche pas la sanction du parent³, et d'autre part n'a pas vocation à s'appliquer à tout conflit, mais seulement à ceux dans lesquels l'enfant est directement et personnellement impliqué, ses parents n'étant pas en capacité de l'en préserver⁴.

401. L'appréciation du danger repose pour partie sur la démonstration d'un comportement parental inadapté qui ne peut se faire *in abstracto*. L'ingérence de l'État est soumise à la démonstration préalable d'une négligence dans la prise en charge de l'enfant, d'une abstention ou d'un désintérêt des parents dans l'exercice de leur autorité ou du mauvais usage qu'ils en font. Si l'incapacité à assumer la fonction parentale peut provenir de l'imaturité du parent⁵, celle-ci doit se vérifier dans les faits. Elle ne peut se déduire de la seule minorité du parent⁶, car l'exercice de l'autorité parentale leur est confié par le seul effet de la filiation. Le danger se doit d'être réel et certain⁷, et pas seulement potentiel, hypothétique ou encore simplement éventuel⁸. Il convient de démontrer factuellement en quoi le parent-mineur, par son comportement, échoue à assumer sa fonction et à protéger son enfant, justifiant ainsi l'intervention de la société pour pallier ce manque et l'aider à surmonter ses difficultés. L'aide et l'accompagnement proposés dans ce cadre contribuent activement à la restauration de la protection de l'enfant. L'objectif est ici à terme de retrouver l'effectivité de la protection parentale, rendant toute protection sociétale

¹ Depuis une jurisprudence constante : Cass., civ. 1^{ère}, 28 juin 1965, *Juris-Data* n° 1965-700424 ; *Bull. civ.* 1965, I, n° 424 ; *RTD. civ.* 1967, p. 136, note R. Nerson.

² Sur le lien fait entre conflit et danger : H. Falconetti, « Une construction jurisprudentielle : le juge de l'assistance éducative », *D.* 1963, chron. p. 45 ; J. Chazal, « La notion du danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », in *Mélanges Ancel*, 1975, pp. 329 et 339 ; A. Deiss, « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP G* 1983, I, p. 3125 ; G. Raymond « Assistance éducative », in *Rép. civ. Dalloz*, n° 32 ; Y. Leguy, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse dactyl., Rennes 1973, n° 270 ; J.-F. Renucci, *Minorité et procédure*, thèse (dactyl.), Nice, 1985, n° 288, p. 414 ; Contra : R. Legeais, *L'autorité parentale*, Defrénois 1973, n° 145 ; M. Henry, *op. cit.*, p. 410 ; M. Xuereb, « Une nouvelle politique de l'Aide Sociale à l'Enfance », *RDSS* 1981, pp. 317 et 324 ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 741, p. 476 ; J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 46 à 48. Pour une illustration jurisprudentielle de l'utilisation de la conjonction entre conflit et situation de danger, Cass., civ. 1^{ère}, 31 mai 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 349 ; *JCP G* 1965, IV, p. 98 ; Cass., civ. 1^{ère}, 29 novembre 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 653, *Juris-Data* n° 1965-700653 ; *JCP G* 1966, II, p. 14461 ; l'existence d'un conflit peut être synonyme de danger, notamment lorsqu'il s'agit d'un conflit de loyauté dans lequel est placé les enfants en raison du comportement des parents, bien que chacun d'eux pris isolément soient à même de proposer aux enfants des conditions de vie et une éducation convenable.

³ *Ibid.*, p. 409.

⁴ Ex. Cass., civ. 1^{ère}, 29 novembre 1965, *Bull. civ.* I, n° 653 ; *D.* 1966, p. 81 : « Le juge des enfants est sans compétence pour intervenir dans le conflit qui oppose deux époux au sujet de la garde d'un enfant commun dès lors qu'il n'est pas constaté que la manière de se comporter du père, légalement seul investi pendant le mariage de l'exercice de la puissance paternelle, peut être nuisible à l'enfant ». Ce constat est encore valable aujourd'hui, car dans le cas contraire, cela impliquerait une intervention systématique de la protection de l'enfance chaque fois qu'une procédure judiciaire contentieuse opposerait les parents. Ces procédures impliquent par nature un conflit parental, comme dans le cas des procédures contentieuses ouverte devant le juge aux affaires familiales (juge matrimonial de l'époque). Il n'apparaît ni souhaitable ni envisageable, sauf à dissuader les parents de régler judiciairement leurs litiges ou à provoquer l'asphyxie des services de protections compte tenu de l'inflation du nombre de dossiers générés.

⁵ Ex : CA Douai, 4 décembre 2012, n° 322-12, 12-04200, *Juris-Data* n° 2012/028659 ; CA Limoge, 9 novembre 2015, n° RG 15-00067 ; CA Rennes, 6^{ème} ch. B, 27 octobre 2015, n° RG 13-07875.

⁶ Ex : CA Rennes, 05 juillet 2013, n° RG 13-204 : « La mineure, née en mars 2003, a été placée à l'âge de 9 mois en raison d'un contexte de violences conjugales et de l'imaturité de sa mère, encore mineure ; depuis lors, le placement a été régulièrement reconduit ; les droits de visite et d'hébergement des parents ont varié en fonction de l'état des relations au sein du couple, mais aussi au vu des relations entretenues avec le service ».

⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 28 juin 1965, *Bull. civ.* I, n° 424 ; *RTD. civ.* 1967, p. 136, obs. R. Nerson ; Cass., civ. 1^{ère}, 29 novembre 1965, *Bull. civ.* I, n° 653 ; *D.* 1966, p. 81 ; *RTD. civ.* 1967, n° 1, p. 138, obs. R. Nerson.

⁸ *Ibid.*

superflue. En faisant de l'exercice de l'autorité parentale une des composantes de la notion de danger¹, la loi veille à limiter toute intervention extérieure de la société à la démonstration des carences parentales dans leur fonction de protection de l'enfant. Cela permet d'éviter toute appréciation abstraite du danger qui reviendrait à exposer les familles les plus vulnérables à une ingérence systématique de la protection de l'enfance². La protection du parent-mineur ou de son enfant par la société est légitimée par le comportement du parent et ne peut se déduire de sa situation juridique personnelle³. La minorité du parent ne permet pas à elle seule de caractériser un danger pour son enfant⁴. La carence parentale est insuffisante pour déclencher la protection sociale de l'enfant, car dans l'éventualité où l'un des parents serait défaillant, l'autre demeure susceptible de pallier ce manque en assumant seul la protection de leur enfant. La présence de l'autre parent aux côtés du parent-mineur peut donc suffire à compenser sa vulnérabilité et préserver l'enfant de toute situation de danger. Dans ce cas, la protection de l'enfance n'a pas à intervenir, en dépit de l'isolement du parent dû à la défaillance de l'autre, car cela reviendrait à placer toutes les familles monoparentales sous le contrôle systématique de l'État⁵. Ce contrôle ne se justifie pas lorsque les difficultés du parent n'entraînent aucune conséquence significative pour l'enfant, notamment quand le parent est conscient de sa situation et bénéficie du soutien de ses propres parents⁶. La démonstration d'une défaillance parentale n'est qu'une composante du danger et doit, pour justifier l'ingérence de la société, avoir un impact négatif sur le bien-être de l'enfant dans au moins une des trois composantes envisagées par la loi que sont sa sécurité, sa santé ou encore sa moralité.

¹ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 53.

² Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 16 févr. 1977, *JCP G* 1977, IV, p. 93 ; *Bull. civ.* 1977, I, n° 90 ; en l'espèce l'arrêt de la Cour d'appel a été cassé, car il avait retiré l'enfant aux grands-parents qui l'élevaient en se fondant sur « leurs précédents échecs à l'égard de leurs propres enfants... [qui faisaient] présumer leur incapacité à éduquer » leur petit-enfant âgé de 2 ans.

³ CA Rouen, 27 mars 2012, n° 12/00297, *inédit*. En l'espèce, la santé de l'enfant est apparue particulièrement compromise au vu de la consommation de médicaments ou de produits stupéfiants associée parfois à celle d'alcool de sa mère.

⁴ Ex. : CA Riom, 14 mars 2000, n° 00/00002, *Juris-Data* n° 2000-119838, en l'espèce, il a été considéré que l'enfant n'était pas en danger en dépit du fait que la mère était placée sous curatelle renforcée et que le père ait eu un parcours de vie chaotique, car les parents veillaient à lui apporter des soins satisfaisants qui lui permettaient d'évoluer favorablement et que ceux-ci étaient eux-mêmes soutenus matériellement et psychologiquement par les grands-parents paternels et la mère bénéficiait d'un suivi régulier ; Cass., civ. 1^{ère}, 29 novembre 1965, *Bull. civ.* I, n° 653 ; *D.* 1966, p. 81.

⁵ Le droit positif suit actuellement un mouvement inverse comme en témoigne l'évolution de l'administration légale et la confiance *a priori* de la société dans les capacités de gestion du parent y compris dans les familles monoparentales (v. *supra* n°293).

⁶ Ex : CA Rennes, 8 février 2013, n° 13-029, n° RG 12/00299E ; en l'espèce, le père estimait que la mère n'était pas à même d'assumer la prise en charge de l'enfant en raison de sa toxicomanie. Compte tenu des éléments du dossier, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas lieu à assistance éducative faute de danger pour l'enfant chez sa mère ou en raison du comportement de celle-ci. Les juges constatent que les problèmes addictifs qu'elle connaît étaient actuellement pris en charge médicalement à son initiative. Par ailleurs, elle était capable de se saisir des services familiaux ou sociaux en cas de difficulté, tout en bénéficiant elle-même du soutien de ses propres parents.

2. L'appréciation du danger par son objet

402. Si le danger peut prendre des formes diverses et variées, que ce soit d'ordre physique¹, éducatif, psychologique² ou encore affectif³, il doit entraîner un effet négatif et actuel sur la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. Ces composantes doivent être compromises ou insuffisamment sauvegardées par l'autorité parentale et se retrouvent dans tous les champs de la protection de l'enfance qu'elle soit civile⁴, administrative⁵ ou même pénale⁶. Du fait de l'origine du danger dû à une carence dans l'exercice de l'autorité parentale, son objet coïncide avec les domaines régis par cette protection⁷. Le danger ne permet pas justifier toutes les atteintes à l'intimité familiale, les difficultés des parents à exercer leur autorité parentale étant insuffisantes pour le caractériser à elles seules. Encore faut-il qu'il soit « réel » et provoque des conséquences dommageables pour l'enfant. Les difficultés relationnelles entre le parent et son enfant, par exemple à l'annonce d'une grossesse, ne constituent pas un danger dès lors qu'elles ne nuisent ni à l'effectivité de sa protection ni à son maintien dans son milieu habituel, entendu par principe comme étant le domicile de ses parents⁸. L'évaluation du danger doit s'effectuer dans cet environnement, et non en fonction de la qualité de la prise en charge à laquelle l'enfant pourrait prétendre en emménageant ou en étant maintenu chez un tiers⁹. L'appréciation du danger pour le parent-mineur et son enfant doit s'effectuer au domicile de leurs parents respectifs, ou le cas échéant, dans le lieu où se trouve leur résidence effective. L'évaluation du danger ne peut se faire qu'*in concreto* dans chacune de ses composantes. Il convient d'analyser l'environnement familial du point de vue du mineur que l'on souhaite protéger. Seule la prostitution, même occasionnelle, d'un mineur fait présumer le danger¹⁰, plaçant le juge dans une compétence liée. En dehors de cette hypothèse, il n'existe pas de situation objective susceptible de justifier l'intervention de la protection de l'enfance¹¹. La grossesse¹², la minorité du parent, comme l'état de santé de l'enfant ne permettent pas à eux seuls de caractériser un danger, dont l'appréciation ne peut se faire *in abstracto*.

¹ Conseil de l'Europe, affaires juridiques, comités européens pour les problèmes criminels, études relatives à la recherche criminologique, « Aspects criminologiques des mauvais traitements des enfants dans la famille », volume XVIII, Strasbourg, 1981, p. 25 : « Les premiers travaux (de recherche) consacrés aux mauvais traitements envers les enfants se sont centrés sur les sévices (de l'homicide à des lésions plus ou moins graves et permanentes). Progressivement, on a élargi l'appréhension du phénomène à d'autres manifestations incluant la négligence, les atteintes sexuelles et, plus récemment, les mauvais traitements d'ordre psychique ».

² Cass., civ. 1^{ère}, 22 novembre 2018, n° 18-20546, *inédit*.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, *D.* 1996, somm. p. 239, obs. S. Vitse ; Cass. 1^{ère} civ., 28 janvier 1997, *Juris-Data* n° 1997-000348 ; Cass., civ. 1^{ère}, 11 mars 1997, *Juris-Data* n° 1997-001122 ; Cass., civ. 1^{ère}, 10 févr. 1998, *Juris-Data* n° 1998-000737.

⁴ Art. 375 C. civ.

⁵ Art. L. 221-1 C. civ.

⁶ Art. 227-17 C. civ.

⁷ Art. 371-1 C. civ.

⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 28 mai 2014, n° 13-12337, *inédit* ; Cass., civ. 1^{ère}, 10 février 1998, n° 97-05042, *inédit*, *Juris-Data* n° 1998-000737 ; Cass., civ. 1^{ère}, 18 juin 1991, n° 89-05057, *inédit* ; Cass., civ. 1^{ère}, 14 février 1990, n° 87-05074, *inédit* ; Cass., civ. 1^{ère}, 6 janv. 1981, *Bull. civ.* 1981, I, n° 1 ; Cass., civ. 1^{ère}, 4 juillet 1978, *Bull. civ.* 1978, I, n° 249.

⁹ Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 11 mai 1976, *D.* 1976, p. 521

¹⁰ Art. 13-II de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

¹¹ G. Raymond, « Assistance éducative », *op. cit.*, n° 18

¹² CA Bordeaux, 4 décembre 1991, *D.* 1993, p. 129, note T. Dubaële ; D. Duval-Arnould, « Minorité et interruption volontaire de grossesse » *op. cit.* ; J.-F. Eschylle « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *op. cit.*

403. C'est le contexte familial dans lequel cette situation intervient qui permet éventuellement de justifier l'ingérence de la société dans l'intimité des familles¹. Cela implique d'évaluer en quoi cet événement est révélateur d'un environnement familial dans lequel la sécurité et la santé du parent-mineur ou celles de son enfant ne sont pas convenablement préservées. Durant la grossesse, l'assistance éducative intervient parfois pour surmonter le refus des parents de procéder à son interruption pour motif personnel souhaitée par la jeune femme. Auparavant, les juges des enfants fondaient leur intervention sur le conflit généré par cette divergence de volontés². Aujourd'hui, l'évolution de la législation a permis de surmonter cet obstacle, sans avoir à mobiliser directement l'assistance éducative³. Ce contentieux demeure en matière d'interruption volontaire de grossesse pour motif médical⁴, relevant encore de l'autorité parentale⁵. La caractérisation du danger est ici moins problématique. Cette intervention repose par nature sur un danger médicalement constaté pour la santé de la parturiente en cas de poursuite de la grossesse. Tout refus opposé par les parents apparaît contraire à la protection de la santé de leur enfant et légitime l'intervention de la protection de l'enfance, en dehors des cas où l'urgence de la situation permet au médecin d'intervenir directement.

404. La protection de la santé renvoie aux situations où l'enfant est privé des soins que son état requiert en raison des carences dans l'exercice de l'autorité⁶, ou d'un comportement des parents incompatible avec son état de santé⁷. Si l'existence d'un danger pour la santé de l'enfant peut facilement être envisagée face à un refus systématique des parents d'autoriser tout soin⁸, il convient de rappeler que l'article L.1111-4 du Code de la Santé publique permet au médecin de délivrer les soins indispensables « dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur [...] ». La condition d'une carence parentale combinée à la réalité du danger permet d'éviter que la protection de l'enfance ne devienne un moyen de contester l'opportunité des décisions des parents, sauf à démontrer que la prise en charge est manifestement inadaptée aux besoins spécifiques de l'enfant⁹.

405. Les juridictions ont une conception extensive de la notion de santé à laquelle est généralement intégré l'aspect de la sécurité ; difficile dans ces conditions de distinguer le champ d'application

¹ Concernant la grossesse : P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 743.

² V. *supra* n° 63.

³ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JO 7 juillet 2001, p. 10823.

⁴ V. *supra*, n°s 71 s.

⁵ G. Mémeteau, « Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé », *op. cit.* ; Ce point à vocation à évoluer en cas d'adoption du projet de loi, n°2187, relatif à la bioéthique du 24 juillet 2019, qui prévoit dans son article 21 l'harmonisation des dispositions encadrant l'IMG sur celle de l'IVG, v. *supra* n° 74, notes n°s 4 et 5.

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 28 juin 1965, *Bull. civ. I*, n° 424.

⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 25 novembre 1981, *op. cit.*

⁸ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 743 ; J. Bouton, *L'obligation de soigner*, thèse dactyl., Strasbourg, 1990, p. 248 ; ex : JE, Grenoble, 15 juin 1982, *Dr. enf. fam.*, 1982/1, p.181 ; Cass., civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, n° 12-22956, *RJPF*, 2013-12/33, obs. I Corpart ; H. de Touzalin, « Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort », *JCP* 1974, I, p. 2672.

⁹ CA Nancy, 3 décembre 1982, *JCP* 1983, II, p. 2081, comm. G. Raymond ; *Gaz. Pal.* 1987, p. 7, comm. A. Dosner-Dolivet : en l'espèce une mère dont l'enfant était atteint de surdité souhaitait l'emmener au Gabon où toute prise en charge devenait impossible.

respectif de ces deux notions qui ont tendance à se superposer¹. La santé est définie par l'OMS, comme un état de complet bien-être physique, mental et social, qui ne peut se limiter à une absence de maladie ou d'infirmité, ce qui intègre ainsi tous les aspects de la vie d'une personne dont la sécurité est ici l'une des composantes. Les questions relatives aux mauvais traitements et aux maltraitances dont l'enfant serait victime recouvrent autant des enjeux de santé, compte tenu des répercussions sur son bien-être, que des enjeux de pure sécurité. La santé devient le critère déterminant de la protection de l'enfance, au vu du « champ qualitatif étroit »² de la protection de sa moralité qui renvoie à des aspects du danger liés à la sexualité ou à la délinquance appréciés du point de vue du mineur. La moralité relève de la protection de l'enfance, la doctrine observe que cette question est plus fréquemment traitée par les juridictions répressives³, notamment au titre des infractions à caractère sexuel ou de la mise en péril des mineurs⁴. La référence à la moralité⁵ *stricto sensu* est aujourd'hui peu utilisée et se déduit généralement des faits de l'espèce, en raison d'un assouplissement des mœurs sociales⁶. La référence à la moralité du comportement parental peut être contre-productive, car elle entraîne un jugement de valeur. Cette notion conduit à braquer le parent dès lors qu'il s'estime stigmatisé, ce qui risque de nuire à sa collaboration, pourtant nécessaire au travail éducatif destiné à restaurer son autorité parentale. La subjectivité du danger réside moins dans son identification que dans l'appréciation de sa gravité, car « toute la question est celle de la limite en deçà de laquelle on doit considérer que l'inacceptable est atteint, que le danger est caractérisé, et que la situation ne doit pas rester en l'état »⁷, car elle peut potentiellement générer, à court ou moyen terme, des conséquences dommageables pour l'enfant⁸. La loi ne limite pas l'intervention de la protection de l'enfance à la seule démonstration d'un danger, elle prévoit aussi que les acteurs de la protection de l'enfance peuvent intervenir dans les cas où les conditions d'éducation ou du développement physique, affectif, intellectuel et social de l'enfant sont gravement compromises⁹.

¹ G. Raymond, « Assistance éducative », *op. cit.*, n° 22 ; J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 69.

² M. Henry, *op. cit.*, p. 376.

³ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 70.

⁴ Art. 227-15 et s. CP.

⁵ Sur la notion de moralité dans l'assistance éducative : v. J. Chazal, « La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », in *Mélanges Ancel*, éd. Pédone, 1975, p.336 ; M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, nos 217 à 218, pp. 153 s.

⁶ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 71.

⁷ *Ibid.*, n° 63.

⁸ Assemblée plénière, 23 juin 1972, n° 70-80004, *Bull. ass. plén.*, n° 2, p. 2.

⁹ Art. 375 C. civ.

B- Le critère des conditions d'éducation ou de développement gravement compromises

406. La loi du 4 juin 1970¹ a introduit un critère alternatif au danger en permettant à la société d'intervenir lorsque les conditions d'éducation ou de développement de l'enfant sont gravement compromises. La loi du 4 mars 2007 l'a étendu à tous les champs de la protection de l'enfance². L'introduction de ce critère coïncide avec l'évolution des droits parentaux et la transformation de la puissance paternelle en autorité parentale, car l'article 371-1 du Code civil³ reconnaît aux parents non seulement la charge de protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, mais aussi celle d'assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. La protection de l'enfance offrant aux mineurs une protection subsidiaire à celle de leurs parents, il était nécessaire d'introduire l'éducation et le développement, aux côtés du danger. Si cette référence a été, dans un premier temps, interprétée comme une volonté du législateur de restreindre le domaine d'intervention de la protection de l'enfance⁴, elle l'a en réalité étendu à l'ensemble du droit-fonction qu'est l'autorité parentale. Il peut sembler difficile de délimiter ces deux domaines tant ils sont imbriqués⁵. Il convient de les étudier séparément, car, si le danger renvoie à la mission spécifique de protection du parent, la référence aux conditions d'éducation ou de développement renvoie, quant à elle, au rôle parental en y incluant sa finalité, à savoir : l'insertion sociale de l'enfant⁶. Bien plus que le danger, il s'agit de l'incapacité du parent à offrir des conditions d'éducation (1) et de développement (2) nécessaires pour l'enfant. La référence à ces notions ouvre le domaine de la protection de l'enfance sur l'aptitude des personnes à assumer leur parentalité.

1. Le cadre éducatif parental et le respect du droit de l'enfant d'être éduqué

407. La loi du 4 juin 1970⁷ a non seulement affirmé le rôle protecteur du parent, garant de la sécurité, de la santé et de la moralité de l'enfant, mais également le droit et le devoir de l'éduquer⁸. Le parent-mineur est non seulement le protecteur naturel de son enfant, mais aussi son premier éducateur, quand bien même son éducation demeure inachevée. La notion d'éducation est appréhendée d'une manière large, elle intègre non seulement l'instruction de l'enfant, mais aussi la manière dont il est élevé par ses parents⁹. L'article 29 de la convention internationale des droits de l'enfant illustre cette conception étendue de l'éducation. Ce texte considère qu'il s'agit de favoriser l'épanouissement de la personnalité

¹ Loi n° 70-459, 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO* 5 juin 1970, p. 5227.

² A. Gouttenoire, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *D.* 2007, p. 1090.

³ Dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *op. cit.*

⁴ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 86.

⁵ Une partie de la doctrine envisage les conditions d'éducation et de développement gravement compromises comme une extension de la notion de danger. Ex. : P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 741 ; S. Bernigaud, « Dispositif judiciaire de protection de l'enfance en danger : Assistance éducative », in *Dr. fam.*, Dalloz, n° 242. 22.

⁶ C. Kan-Belivet « V- assistance éducative », *op. cit.*, n° 17.

⁷ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970, relative à l'autorité parentale, *JO* du 5 juin 1970, p. 5227.

⁸ Anc. art. 371-2 C. civ.

⁹ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 87.

de l'enfant pour développer ses aptitudes dans toutes leurs potentialités, en lui inculquant le respect de ses parents, de son identité, de ses valeurs culturelles et des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, pour lui permettre à terme d'assumer les responsabilités de la vie dans une société libre. Il revient en premier lieu au parent de veiller à l'insertion sociale de son enfant¹. L'éducation recouvre non seulement le droit de l'enfant de bénéficier d'une instruction adaptée à ses besoins, conformément à son droit à l'éducation, mais aussi à l'aptitude dont font preuve ses parents pour exercer leur autorité par l'élaboration d'un cadre éducatif sécurisant, structurant et cohérent². L'éducation de l'enfant relève de l'exercice de l'autorité parentale, la société ne joue ici qu'un rôle subsidiaire³, limité dans le cadre de la protection de l'enfance au seul danger ou à des conditions d'éducation gravement compromises, les « dégâts éducatifs » devant être déjà pour partie réalisés⁴.

408. Le respect du droit à l'éducation reconnu à l'enfant ne se limite pas à l'absentéisme scolaire. Il ne s'agit pas non plus d'imposer au parent telle ou telle instruction, car cela reviendrait à le substituer dans l'exercice de son autorité parentale. Il s'agit de veiller à l'effectivité de ce droit avec l'existence d'une éducation⁵ et d'un cadre éducatif. C'est donc la mise en œuvre des choix du parent qui font l'objet du contrôle de la société et non ces choix en eux-mêmes⁶. Cet aspect joue un rôle très important pour les parents-mineurs. Si la grossesse comme le statut de parent ne sont pas suffisants pour caractériser à elles seules un danger susceptible de légitimer l'intervention de la protection de l'enfance, elles peuvent être les conséquences indirectes de conditions d'éducation gravement compromises. Les études consacrées aux grossesses adolescentes ont mis en avant le fait qu'elles peuvent intervenir dans un contexte préexistant de déscolarisation du parent, qu'elles favorisent, car confronté à l'arrivée de l'enfant, le parent-mineur est souvent contraint d'abandonner temporairement ses études, sans que leur

¹ Pour une illustration de cet objectif pris dans un contexte de radicalisation d'un des parents : CA Versailles, 26 novembre 2015, n° RG 14/07797 : en l'espèce, la résidence des enfants est transférée au domicile paternel au motif que : « les deux enfants sont donc placées au domicile de leur mère dans un environnement qui professe des valeurs incompatibles avec l'ordre public républicain, ce qui représente un facteur de danger pour elles de nature à compromettre l'ouverture nécessaire à leur épanouissement et leur intégration dans une société plurielle ».

² « Par éducation, il faut entendre non seulement l'éducation scolaire, mais aussi l'éducation professionnelle, religieuse, morale, civique et politique sans parler de cette éducation quotidienne qui doit permettre à l'enfant de faire l'apprentissage de la vie en société. » : A. Gouttenoire, « Autorité parentale : attributs », in *Dr. fam.*, Dalloz, n° 233. 51 ; pour des exemples : CA Versailles, 26 novembre 2015, n° RG 14/07797 ; CA Limoge, 07 avril 2014, n° RG 13/103-14/8 ; CA Lyon, 5 mars 2013, n° 12/240, *Juris-Data* n° 2013-013912 ; CA Toulouse, 5 octobre 2012, n° 12/00080, *inédit* ; CA Amiens, 22 mars 2012, n° 11/02417, 44, *Juris-Data* n° 2012-011787 ; CA Amiens, 25 juin 2009, n° 09/00523, 09/00524, *Juris-Data* n° 2009-009047 ; CA Amiens, 23 octobre 2008, n° 08/01817, *Juris-Data* n° 2008-003198 ; Cass., civ. 1^{ère}, 5 janvier 1978, *Bull. civ.*, I, n° 67 : « La carence éducative qui s'est traduite non seulement par le manque d'autorité dont elle (la mère) a fait preuve par le passé à l'égard de ses enfants, qu'elle ne réussissait pas à faire aller à l'école, mais encore son incapacité à leur assurer une éducation "valable et épanouissante" ».

³ Article 28 CIDE, article 2 du protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Principe présent à l'alinéa premier de l'article L. 111-2 du Code de l'éducation qui dispose que : « Tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation ». L'éducation nationale revêt bien un caractère complémentaire à l'éducation des parents.

⁴ G. Raymond, « Assistance éducative », *op. cit.*, n° 29.

⁵ *Ibid.*, n° 28 : « le législateur a, semble-t-il, voulu faire en sorte que le mineur reçoive une éducation et non pas permettre que l'assistance éducative impose un certain type d'éducation ; ce qui motive la mesure d'assistance éducative c'est l'absence d'éducation et non la possibilité pour l'enfant de recevoir une meilleure éducation ».

⁶ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 87.

reprise ne soit par la suite garantie¹. La rescolarisation du parent-mineur représente un enjeu majeur. De son niveau d'études dépendent les moyens de subsistance qu'il sera en capacité d'offrir à son enfant. L'interruption précoce de la scolarité en raison d'une grossesse, sans reprise d'études ultérieure, conduit à terme à aggraver la précarité de ces familles, à plus forte raison lorsqu'elles ne bénéficient pas du soutien des grands-parents. Faute d'avoir mené leurs études à terme, les parents-mineurs ne pourront développer tout leur potentiel². L'absence de prise en charge adaptée et un accompagnement insuffisant de ces parents, conduisent à la précarisation de leur foyer, et les exposent au risque accru d'un emploi sous-qualifié.

409. La grossesse d'une mineure comme la maternité ne peuvent servir de motif à son exclusion d'un établissement scolaire public³. En vertu de son droit à l'éducation, cette dernière pourra poursuivre sa scolarité durant et après sa grossesse. Elle peut demander soit à bénéficier d'un aménagement scolaire au sein de l'établissement⁴, soit solliciter une dispense de fréquentation de l'établissement auprès du Directeur académique des services de l'Éducation nationale. Dans cette dernière situation, les enseignements pourront être dispensés par correspondance par le Centre National d'Enseignement à Distance. Dans tous les cas, le parent-mineur ne peut se voir refuser la poursuite de sa scolarité en raison de sa parenté, sauf à porter atteinte à son droit à l'éducation. Ce droit est également une obligation jusqu'à seize ans⁵, ce qui permet de garantir l'éducation des parents les plus jeunes. La déscolarisation des enfants soumis à l'obligation scolaire entre dans le cadre de la protection de l'enfance si les conditions d'éducation sont gravement compromises. Dans le cas des mineurs de plus de seize ans non émancipés, l'article L. 122-2 du Code de l'éducation⁶ prévoit qu'en cas d'opposition des parents à la poursuite de leur scolarité au-delà de l'obligation scolaire, le juge des enfants sera compétent pour garantir leur droit à l'éducation. La déscolarisation du parent-mineur permet à la protection de l'enfance d'intervenir dans l'organisation familiale et prendre toute mesure qu'elle estimera nécessaire pour pallier les carences parentales et assurer à travers lui l'avenir de son enfant.

¹ Rapport Uzan, sur la prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes, publié par le secrétariat d'État à la santé, décembre 1998, p. 25 ; rapport du fond des Nations Unies pour la population sur l'état de la population mondiale de 2013 : *La mère-enfant, Face aux défis de la grossesse chez l'adolescente*, 2013, pp. V s., disponible à l'adresse : www.unfpa.org, [consulté le 1^{er} octobre 2019] ; A. Daguerre, C. Nativel, *Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, Dossiers d'études de la CAF, n° 53, février 2004, spéc. p. 4 : « Dans tous les pays, les conséquences sociales sont d'abord l'interruption de la scolarité et le risque d'emploi sous-qualifié ».

² V. rapport du Fond des Nations Unies pour la population sur l'état de la population mondiale de 2013, *op. cit.* ; A. Billon, rapport d'information n° 262, sur les mariages forcés et les grossesses précoces, à l'occasion de la Journée internationale des droits des filles du 11 octobre 2018, *Sénat*, p. 19-21 : « La délégation estime qu'il est important de relayer ces données économiques pour mettre en lumière le fait que les mariages et les grossesses précoces sont non seulement un fléau individuel qui porte atteinte aux droits des enfants - de chaque enfant -, mais aussi un frein collectif qui entrave le développement des pays concernés. ».

³ Source : site du ministère de la justice : <https://www.justice.fr/fiche/se-deroule-scolarite-jeune-femme-enceinte#field-1994948495>, [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁴ Repos à l'infirmerie, autorisations d'absence pour les consultations médicales, double des livres, ...

⁵ Art. L. 131-1 C. éduc.

⁶ Issue de la loi n° 2005-380, du 23 avril 2005, d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, *JO* 24 avril 2005, p. 7166, texte n° 1.

410. Les conditions d'éducation de l'enfant peuvent également être gravement compromises en raison du contexte et de l'environnement familial. Il s'agit de parents peinant à élaborer un cadre éducatif stable, sécurisant et cohérent à leur domicile¹. Ces carences dans l'obligation éducative² relèvent d'une difficulté dans l'exercice de leur autorité³. Le critère des conditions d'éducation permet de veiller à ce que le parent assume son obligation et propose à l'enfant un cadre éducatif. Cette difficulté se retrouve tant à l'égard du parent-mineur que de ses parents, comme l'illustre un arrêt de la Cour d'appel d'Agen du 18 mai 2008⁴. En l'espèce, une jeune fille âgée de 17 ans avait donné naissance à un enfant le 1^{er} janvier 2008. Elle s'était présentée à l'hôpital accompagnée de sa jeune sœur de 15 ans et de son compagnon majeur qui n'était pas le père de l'enfant. La Cour avait observé que la mère mineure faisait partie d'une fratrie de quatre enfants dont la charge revenait exclusivement à la cadette « qui s'occupait de tout, y compris des repas », laissant sous-entendre l'absence de cadre éducatif et la confusion dans les rôles occupés au sein de la famille. La situation familiale était connue des services depuis 2006, aucun travail n'avait été mis en place en raison du comportement fuyant de la mère. Du côté de la mère-mineure, les services avaient noté qu'elle peinait à trouver les gestes appropriés pour son enfant et qu'elle ne parvenait pas à s'extraire des difficultés qu'elle rencontrait dans son quotidien avec sa mère et dans sa relation « conjugale » avec son compagnon, ne lui permettant pas de s'investir pleinement dans sa fonction parentale, car elle ne pouvait « concilier son rôle de jeune maman et son propre statut d'enfant ».

411. Au-delà du danger, il s'agit bien de prendre en considération le contexte familial dans lequel l'enfant évolue et les capacités éducatives de chacune des personnes assurant sa prise en charge. Le conflit familial et les rivalités qui peuvent exister entre les parents-mineurs et leurs parents légitiment l'intervention de la protection de l'enfance, les premiers s'estimant capables d'assurer à leur petit-enfant un foyer stable et équilibré au risque de prendre la place normalement dévolue au parent-mineur et les seconds rappelant qu'ils sont les seuls titulaires de l'autorité parentale⁵. Il en va de même de l'inexpérience ou de l'immaturation dont fait preuve le parent dans son rôle ; ainsi, dans une autre affaire, la Cour de cassation a estimé que l'enfant se trouvait dans une situation de danger en raison du niveau scolaire insuffisant de sa mère qui était ici âgée de douze ans⁶. La question des conditions d'éducation

¹ Cass., civ. 1^{ère}, 12 févr. 2014, n° 13-10928, *inédit*.

² Cass., civ. 1^{ère}, 16 févr. 1977, *Bull. civ.* 1977, I, n° 90.

³ CA Rennes, 29 juin 1976, *Dr. enfance et fam.* 2/1976, p. 92.

⁴ CA d'Agen, 15 mai 2008, n° 08/002801, n° RG 08/00280 ; *JDJ* octobre 2009, p. 57.

⁵ Pour une illustration : CA Bouges, 8 mars 2001, n° RG 00/01803, *inédit* ; en l'espèce une mère seule titulaire de l'autorité parentale a volontairement confié son enfant à ses parents. Par la suite elle a souhaité mettre fin à cette situation, et s'est révélé capable de prendre en charge son enfant de manière satisfaisante. La Cour conclut à la relative inexpérience de la mère qui a rarement été mise en situation par le passé d'exercer pleinement son rôle, aggravé par le conflit encore aigu qui l'oppose à ses parents afin de substituer au placement de l'enfant une mesure d'aide éducative. La Cour prend toutefois le soin de rappeler à la mère « qu'il est absolument indispensable qu'elle collabore loyalement et sans réticence à cette mesure, son échec ne pouvant que conduire au placement de [l'enfant] ».

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 3 décembre 1991, n° 90-05011, *Bull. civ.* I, n° 340 ; *JCP G* 1993, I, p. 3639, n° 47 et s., note S. Bernigaud ; *Deffrénois* 1992, art. 35295, n° 48, p. 728, obs. J. Massip.

peut aussi émerger en raison des carences éducatives observées¹ ou du manque de cohérence du cadre éducatif proposé par chacun des parents², notamment lorsque le parent-mineur est contesté dans ses choix par ses parents et inversement, ce qui contribue à déstabiliser l'environnement familial. Le législateur a souhaité encadrer le domaine de la protection de l'enfance concernant l'éducation, car il s'agit d'une composante des libertés individuelles. L'État n'a pas à remettre en question des choix éducatifs qui reviennent de plein droit aux titulaires de l'autorité parentale. La protection de l'enfance ne peut interroger le bien-fondé ou la qualité de telle ou telle éducation, mais intervenir lorsqu'elle entraîne des conséquences dommageables sur le développement physique, affectif, intellectuel ou encore social de l'enfant.

2. La protection du développement physique, affectif, intellectuel et social de l'enfant

412. Les enjeux de protection du développement de l'enfant n'ont rien de nouveaux. L'article 18 de la convention internationale des droits de l'enfant rappelle que « la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents [...] », repris à l'article 371-1 du Code civil³ définissant l'autorité parentale comme un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité non seulement son éducation, mais aussi son développement dans le respect dû à sa personne. Si le développement de l'enfant était déjà évoqué dans le cadre de la protection de l'enfance en tant que conséquence des carences éducatives, c'est la loi du 5 mars 2007⁴ qui a explicitement fait figurer les enjeux liés au développement à l'article 375 du Code civil et à l'article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles. La notion de développement est appréhendée dans toutes ses composantes, ce qui en fait une notion « valise », susceptible de recouvrir d'autres champs d'intervention de la protection de l'enfance. « Assurer le développement normal d'un enfant, c'est lui permettre de grandir et de s'épanouir dans de bonnes conditions, dans un environnement stimulant »⁵. Comme en matière de santé, la « bientraitance »⁶ devient peu à peu l'enjeu de la protection juridique accordée aux enfants, car elle impose aux parents de veiller au respect des droits ainsi qu'aux besoins fondamentaux, physiques, intellectuels⁷, sociaux et affectifs de leur enfant⁸, à chaque étape de sa vie. Les domaines d'action de la protection de l'enfance présentent des similitudes⁹, car ils poursuivent un même objectif : assurer la préservation du bien-être des enfants, et ce, dans toutes ses composantes physiques, intellectuelles,

¹ CA Rennes, 10 janvier 2014, n° 00326, *inédit*.

² CA Limoges, 24 janvier 2013, n° 13/00024, *inédit*.

³ Dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002, *op. cit.*

⁴ Loi n° 2007-293, du 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance, *JO* 6 mars 2007 page 4215, texte n° 7 ; S. Bernigaud, « Les enjeux de la réforme de la protection de l'enfance », *Dr. fam.*, juin 2007, étude n° 23 ; A. Gouttenoire, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. À la recherche de nouveaux équilibres », *D.* 2007, chron. p. 1090.

⁵ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 96.

⁶ V. Pécresse, rapport n° 3256, sur le projet de loi réformant la protection de l'enfance, 5 juillet 2006, *Assemblée nationale*, p. 8 ; notion qui renvoie à celle de « bien-être », que l'on retrouve dans la définition de la santé donnée par l'OMS.

⁷ Ex. : Cass., civ. 1^{re}, 3 décembre 1991, n° 90-05011, *op. cit.*, en l'espèce les juges ont constaté la situation de danger dans laquelle se trouvait la mère mineure âgée de douze ans, car ses relations avec le père de l'enfant suspecté d'avoir abusé d'elle compromettaient son équilibre psychologique.

⁸ Obligation qui s'impose aux services de protection de l'enfance conformément à l'article L. 112-4 CASEF.

⁹ Pour cette raison une partie de la doctrine traite la protection de l'enfance sur l'angle unique du danger.

sociales et affectives. Par cette énumération, le législateur rompt avec une protection de l'enfance focalisée sur les maltraitances pour une vision plus large de l'enfant en danger¹.

413. La référence au développement de l'enfant requiert d'envisager sa situation bien au-delà de l'action parentale, en le replaçant dans son environnement familial. Sur ce point, le Comité consultatif national d'éthique, rappelle, dans un avis rendu en février 2007², l'importance des déterminants sociaux et de l'environnement familial sur le développement de l'enfant. À cette occasion, le Comité a souligné l'importance de l'acquis sur l'inné³. L'avenir de l'enfant ainsi que son aptitude à accepter et à se conformer aux règles de la vie en société dépendent moins de ses capacités personnelles innées que de son environnement familial et des valeurs qui lui sont inculquées. Le Comité insiste sur la nécessité de « développer un meilleur accueil et un meilleur accompagnement psychologique et sanitaire des parents en situation difficile : mères défavorisées (dont plusieurs études montrent qu'elles sont beaucoup moins aidées et moins bien prises en charge que dans la population générale, grossesse adolescente, situation d'addiction, violences passées...), par une plus grande coordination des professionnels médico-sociaux, avant, pendant et après la naissance »⁴. La situation gravement compromise de l'enfant n'est jamais irrémédiable si elle est prise à temps. L'un des trois axes majeurs de la réforme de 2007 s'est donné pour objectif de renforcer la prévention dès le plus jeune âge de l'enfant, pour éviter qu'une intervention tardive ne conduise à l'éclatement de la famille et à des dégâts irréversibles sur son développement⁵.

414. Par cette référence au développement, le législateur a étendu la protection à l'enfant en risque de danger, entendu comme « celui qui vit dans un environnement social ou familial qui laisse craindre une évolution négative pour lui. »⁶ La référence au développement de l'enfant permet de faire présumer l'existence d'un danger ou d'une carence éducative grave sans lequel cette situation ne pourrait exister. Le législateur favorise l'action de la protection de l'enfance dans des situations où le danger et les carences parentales sont indirectement mis en lumière par leurs effets sur la situation familiale, via l'introduction de la notion de « risque », entendu comme une exposition à un danger dont la nature n'est pas encore clairement identifiée. Si la notion de risque de danger a un temps été utilisée pour distinguer les champs d'actions respectifs entre la protection sociale et la protection judiciaire de l'enfance, cette distinction n'est plus pertinente, car l'enfant en risque de danger relève du champ de l'article 375 du Code civil comme de l'article L. 221-1 Code de l'action sociale et des familles.

¹ V. Péresse, rapport n° 3256, *op. cit.* ; A. Lardeux, rapport n° 393, sur le projet de loi sur la protection de l'enfance, 14 juin 2006, *Sénat*, p. 44.

² CCNE, avis n° 95, Problèmes éthiques posés par des démarches de prédiction fondées sur la détection de troubles précoces du comportement chez l'enfant, février 2007.

³ *Ibid. spec.* pp. 5 et 8 : « [le rapport objet de la saisine du CCNE] méconnaît toute une série de travaux importants qui se développent depuis une dizaine d'années dans le cadre d'un domaine important de la biologie qu'est l'étude des relations entre gènes et environnement [...] et repose sur un postulat qui privilégie l'inné (facteurs génétiques, prédispositions cérébrales...) aux dépens de l'acquis (facteurs environnementaux économiques, sociaux, culturels, éducatifs, familiaux...). »

⁴ *Ibid.* pp. 8 et 9.

⁵ V. Péresse, *op. cit.*, p. 8.

⁶ G. Raymond, *op. cit.*, n° 8 ; J. L. Sanchez (dir.), *L'observation de l'enfance en danger : Guide méthodologique*, ODAS Éditeur, mai 2001.

Cette évolution de la notion de risque est importante à l'égard des parents-mineurs. S'il s'agit d'un risque entendu comme une « éventualité » de danger, leurs enfants seraient placés dans une situation de danger potentiel compte tenu de la minorité de leur parent, alors que s'il s'agit d'un risque entendu comme l'exposition de l'enfant à un danger réel, mais dont les causes demeurent indéterminées, alors la protection de l'enfance se voit limitée aux cas où la minorité du parent compromet gravement le développement de l'enfant.

415. Il est possible de s'interroger sur l'évolution de la définition de cette notion. Le danger a été envisagé pendant un temps comme une simple « potentialité ». Il y aurait risque de danger « lorsque toute appréciation est actuellement impossible quant aux chances de réalisation du dommage, à son individualisation sur la personne [de l'enfant] »¹. Si cette interprétation demeure concernant l'intervention des services de prévention telle que la Protection Maternelle et Infantile², cette conception du risque n'a pas prospéré au niveau judiciaire comme sur le plan sociologique³. Dans ces domaines, l'enfant « en risque » se trouve face à une situation où le danger potentiel auquel l'expose son environnement habituel est suffisamment avéré pour justifier une intervention administrative ou judiciaire, faute de quoi l'enfant en risque peut devenir maltraité⁴, à savoir victime de violences physiques ou psychologiques, d'abus sexuels, de négligences lourdes entraînant des conséquences graves sur son développement physique et psychologique. Contrairement au législateur, l'ONED comme l'ODAS met en avant une distinction fondée non plus sur la potentialité du danger, mais sur l'identification ou non des sources du danger en sachant qu'il est ici toujours certain dans sa réalisation en l'absence d'intervention extérieure⁵. C'est cette seconde interprétation du risque qui imprègne aujourd'hui l'aide et l'assistance éducative de la protection de l'enfance.

416. Comme pour les conditions d'éducation, il est nécessaire que le développement de l'enfant soit gravement compromis. Il s'agit une nouvelle fois de marquer le caractère subsidiaire de cette protection et de limiter son ingérence aux cas les plus graves pour maintenir l'équilibre entre l'impératif de protection de l'enfant et le respect de l'intimité familiale. La défaillance parentale pour assurer les conditions nécessaires au développement de l'enfant ne suffit pas, encore faut-il qu'il y ait un impact concret sur son développement réalisé ou réalisable. Il n'y a pas lieu d'intervenir sur les difficultés du parent-mineur par le biais de la protection de l'enfance, si ces difficultés n'entraînent aucune

¹ M. Henry, *op. cit.*, p. 139, n° 45.

² Art. L 2111-1 s. CSP, en dépit de son lien avec la protection de l'enfant et son rattachement au département, la PMI a une double vocation qui permet d'assurer d'une part. la protection de la santé maternelle et infantile, mais d'autre part. sa promotion. C'est cette seconde vocation qui lui offre cette portée générale dont l'aide ou à l'assistance éducative sont dépourvus.

³ V. sur ce point : G. Raymond, *op. cit.*, n° 8, et J. L. Sanchez (dir.), *L'observation de l'enfance en danger : Guide méthodologique*, *op. cit.*, pp. 17 à 18, qui propose une distinction entre : l'enfant maltraité et l'enfant en risque, ces deux catégories étant les sous-ensembles de celle des enfants en danger.

⁴ *Ibid.*

⁵ ONED, Huitième rapport au Gouvernement et au Parlement, mai 2013, La doc.fr., pp. 7-8 ; J. L. Sanchez (dir.), *L'observation de l'enfance en danger : Guide méthodologique*, *op. cit.*, p. 18.

conséquence sur le développement de son enfant, notamment lorsque ces difficultés peuvent être surmontées grâce à l'intervention des grands-parents par l'exercice de leur propre autorité parentale qu'ils détiennent sur le parent. Restent les situations où la famille dans son ensemble est défaillante, ou encore celles qui sans être défaillantes, sont fortement marquées par le conflit qui les opposent. Les mesures d'aide ou d'assistance éducative se concentrent davantage sur l'exercice de l'autorité parentale à l'égard du parent-mineur, que sur celle qu'il est amené à exercer sur son enfant. En protégeant le parent-mineur, la mesure protège indirectement son enfant qui évolue dans un environnement familial identique et rencontre les mêmes difficultés que son parent-mineur.

Section II : Le caractère évolutif de l'action éducative

417. Le dispositif de la protection de l'enfance tel qu'il a été conçu par la loi du 10 juillet 1989¹ se limitait aux enfants maltraités. Il est apparu que ce champ était trop restrictif au vu de l'évolution de la société². Face à l'isolement social et à l'éclatement des familles, le législateur a progressivement étendu le champ des dispositifs de la protection de l'enfance, pour répondre aux carences éducatives qui sont devenues le premier facteur de signalement auprès des services sociaux³. Cette réflexion a débouché sur une première loi du 5 mars 2007⁴ venue redéfinir la protection de l'enfance. Cette loi est marquée par la volonté de prévenir les difficultés auxquelles les parents sont confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives et d'accompagner ces familles⁵. Si aucune disposition relative à la protection de l'enfance n'a vocation à s'appliquer spécifiquement aux parents-mineurs, ceux-ci bénéficient de ces mécanismes en raison de leur vulnérabilité, qu'elle résulte de leur statut de mineur ou de parent. L'articulation de ce dispositif a été explicitée par la loi du 14 mars 2016⁶ qui l'envisage comme l'ensemble « des actions de prévention en faveur de l'enfant et de ses parents, l'organisation du repérage et du traitement des situations de danger ou de risque de danger pour l'enfant ainsi que les décisions administratives et judiciaires prises pour sa protection »⁷. La protection de l'enfance repose aujourd'hui sur la complémentarité de ses acteurs institutionnels qui ont pour objectifs à la fois de prévenir et d'aider les familles vulnérables à surmonter leurs difficultés, par une intervention administrative ou judiciaire (§ 1) pour « valoriser l'accompagnement des familles et des mineurs en difficulté pour qu'ils puissent progressivement redevenir autonomes [... et] contribuer à ce que toutes les familles puissent remplir leurs devoirs éducatifs »⁸, ce qui implique d'y intégrer le parent comme son enfant (§ 2).

§ 1 : De la prévention des difficultés des familles aux mesures éducatives

418. La protection de l'enfance s'est organisée au fil des réformes autour de deux acteurs institutionnels, avec d'une part la justice et d'autre part le département. Tous deux ont vocation à connaître et répondre aux situations familiales dans lesquelles évolue un mineur en danger au sens de l'article 375 du Code civil ou qui est susceptible de l'être⁹. Dans une volonté d'organisation de leurs compétences et aussi de favoriser la prévention des difficultés parentales¹⁰, le département s'est vu

¹ Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989, relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance, JO 14 juillet 1989 p. 8869.

² V. C. de Ayala, « L'histoire de la protection de l'enfance », *Journal des psychologues*, 2010/4, n° 277, pp. 24 à 27.

³ ODAS, *Protection de l'enfance, observer, évaluer pour mieux adapter nos réponses*, 2005, p. 9.

⁴ Loi n° 2007-293, 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance, JO 6 mars 2007, p. 4215.

⁵ Anc. art. L. 112-3 CASF, dans sa version issue de la loi du 5 mars 2007.

⁶ Loi n° 2016-297, 14 mars 2016, relative à la protection de l'enfance, JO 15 mars 2016, texte n° 1.

⁷ Art. L. 112-3 al. 2 CASF, dans sa version issue de la loi du 14 mars 2016.

⁸ V. Péresse, *op. cit.*, p. 9.

⁹ Sur la notion de danger v. *supra* nos 399 s.

¹⁰ V. A. Lardeux, rapport n° 393, sur le projet de loi réformant la protection de l'enfance, *op. cit.*, pp. 22 à 25.

accorder un rôle pivot en matière de protection de l'enfance (A), le juge devant intervenir de manière subsidiaire pour « faire respecter la loi lorsqu'elle ne l'est plus »¹ et lorsqu'il est nécessaire de porter atteinte à l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant² (B), créant « un dispositif à double détente »³.

A- L'importance prise par la protection socio-administrative

419. L'Aide Sociale à l'Enfance (ASE) a été confiée aux conseils départementaux⁴ par la loi du 6 janvier 1986⁵, qui en a fait un service non personnalisé de ces collectivités, étendant considérablement leur champ de compétences en matière d'action sociale. Ce domaine n'a depuis cessé de s'accroître avec les réformes intervenues en ce domaine⁶, au point que le département en est devenu le pivot⁷. Il concentre l'essentiel des actions de prévention permettant de détecter les situations à risque pour prévenir les difficultés rencontrées par les parents dans l'exercice de leurs fonction (1) et dispose de l'aide éducative permettant d'intervenir pour soutenir ces familles vulnérables et éviter la judiciarisation systématique de ces situations (2).

1. Les actions de prévention à destination du parent-mineur

420. Avec la loi de décentralisation du 6 janvier 1986, l'État a confié aux départements de nouvelles compétences relevant du champ de l'action sociale. Aucune mission de prévention ou de détection n'était à cette époque clairement évoquée⁸. Le rapport Bianco-Lamy de 1980⁹ proposait la création de services unifiés de l'enfance par le regroupement de l'Aide Sociale à l'Enfance et de la Protection Maternelle et Infantile (PMI)¹⁰, dans une seule et même entité. Bien que cette solution n'ait pas été retenue, son esprit a été respecté, car ces entités ont été placées sous la gouvernance du département¹¹ en tant que services non personnalisés¹². Le Conseil départemental, en la personne de son président

¹ V. Péresse, *op. cit.*, p. 11.

² J.-P. Deschamps (dir.), sur le contradictoire et la communication des dossiers en assistance éducative, *op. cit.*, p. 2 : « C'est la raison pour laquelle, seule une autorité qui tire sa légitimité de la constitution et de la loi peut procéder à de telles atteintes : l'autorité judiciaire » ; *JDJ* n° 205, mai 2001.

³ R. Lafore, « Les montages institutionnels de la protection de l'enfance : entre justice et administration », *RDSS* 2007, p. 15.

⁴ Ex. conseils généraux, depuis la loi n°2013-403, 17 mai 2013, relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, *JO* 18 mai 2013.

⁵ Loi n° 86-17, du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé, *JO*, 8 janvier 1986, p. 372.

⁶ A. Gouttenoire, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *op. cit.* ; R. Lafore, *op. cit.*

⁷ Art. L. 121-1 al. 1 CASF issu de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO*, 17 août 2004, p. 14545.

⁸ V. Péresse, *op. cit.*, p. 12.

⁹ J.-L. Bianco, P. Lamy, *L'aide à l'enfance demain*, contribution à une politique de réduction des inégalités, ministère de la Santé et de la Sécurité sociale, 1980, Etude et documents, France, Ministère de la santé et de la sécurité sociale.

¹⁰ Ordonnance n° 45-2720, 2 novembre 1945, *JO* 5 novembre 1945, p. 7297 ; complétée par la Loi n° 70-633, 15 juillet 1970, relative à la délivrance obligatoire de certificats de santé à l'occasion de certains examens médicaux préventifs, *JO* 17 juillet 1970, p. 6657 ; M.-L. Cadart, « L'enfant et la PMI d'hier à aujourd'hui. Entre médical, social et politique », *op. cit.*

¹¹ Art. L. 123-1 CASF

¹² ASE : L. 221-1 al. 1 CASF ; PMI : L. 2112-1 CSP

endosse la responsabilité de la protection sanitaire de la famille et de l'enfance¹. En raison de la généralité de leur mission, les services n'ont pas vocation à prendre en charge de manière spécifique les parents-mineurs et leurs enfants. Ils ont pour mission de détecter et de prévenir les difficultés des parents dans l'exercice de leurs fonctions et le cas échéant, de proposer un suivi adapté à leurs besoins ainsi qu'à ceux de leur enfant. L'intervention du juge des enfants n'est donc plus aussi systématique que par le passé. L'action sociale assurée par les services départementaux de la protection de l'enfance peut intervenir dans des situations où le danger est caractérisé et dans lesquelles, parents comme enfants ne semblent plus s'en sortir par leurs seuls moyens².

421. La PMI joue ici un rôle essentiel. Son champ de compétences a été étendu bien au-delà du seul domaine de la santé et comprend désormais un volet social tout aussi important³, il s'adresse non seulement aux femmes enceintes, mais aussi aux jeunes parents. Son action se compose « des mesures de prévention médicales, psychologiques, sociales et d'éducation pour la santé en faveur des futurs parents et des enfants ; des actions d'accompagnement psychologique et social des femmes enceintes et des jeunes mères de famille, particulièrement les plus démunies »⁴. Le parent-mineur est concerné à plusieurs titres par la PMI, d'une part en tant que « jeune parent » et d'autre part en tant que « parent vulnérable ». La référence à la « jeunesse » renvoie moins à l'âge ou à l'éventuelle minorité qu'à la primo-parentalité⁵. L'action de la PMI s'adresse avant tout aux parents attendant leur premier enfant, dont les parents-mineurs font partie⁶. Elle vise plus spécifiquement les parents et futurs parents, composant les groupes sociaux les plus vulnérables parmi lesquels : « les familles dissociées, les mères isolées, les familles à faibles revenus ou très défavorisées culturellement, les familles dont un membre est en longue maladie ou handicapée, les familles migrantes, les très jeunes couples »⁷, dans lesquels s'inscrivent une fois encore les parents-mineurs. À ceci vient s'ajouter une mission bien plus générale destinée sans distinction aux femmes enceintes et aux enfants de moins de six ans⁸.

422. Ce maillage favorise l'identification des parents-mineurs et permet d'envisager dès la grossesse une prise en charge adaptée à leurs besoins susceptible de se poursuivre par l'intervention de Techniciens en Intervention Sociale et Familiale. Ces interventions constituent « un outil essentiel de

¹ Art. L. 1423-1 CSP.

² J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, assistance éducative », *op. cit.*, n° 102 ; il s'agissait aussi d'éviter l'encombrement général des tribunaux, car « le recours systématique au juge s'accompagne de longs délais de traitement préjudiciables à l'enfant » : V. Péresse, *op. cit.*, p. 21.

³ Renforcé par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 ; A. Gouttenoire, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance à la recherche de nouveaux équilibres », *op. cit.* ; S. Bernigaud, « Action sociale en faveur de l'enfance », in *Dr. Fam.*, P. Murat (dir.), Dalloz action, 2016, n°241-22 ; C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, nos 405 s.

⁴ Art. L. 2111-1 al. 3 et 4 CSP.

⁵ V. sur la notion de « jeunesse » *supra* nos 13 et 14.

⁶ La stratégie nationale de prévention et de protection de l'enfance 2020-2022 prévoit un renforcement de cette mission de prévention en doublant le nombre de visites à domicile pré et postnatales et renforcer les consultations infantiles pour les enfants de 0 à 6 ans.

⁷ J.-P. Rosenczveig, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Édition jeunesse et droit, 2005, Nouvelle édition, n° 2124 bis, p. 468.

⁸ Art. L. 2112-2 CSP.

dépistage de la maltraitance ou, plus largement, des familles présentant des risques éducatifs »¹. Ces actions permettent de veiller sur les conditions de développement et d'éducation proposées par les parents jusqu'aux six ans de leur enfant ². Cet accompagnement présente l'avantage de la pluridisciplinarité qui caractérise les services de PMI ³, permettant d'atténuer « les frontières traditionnelles de l'action publique entre le sanitaire, le médico-social et le social. [... favorisant] un parcours de prise en charge et une approche globale des personnes qui prennent véritablement en compte les déterminants de santé »⁴. La gratuité garantit son accessibilité aux parents-mineurs⁵. Ce service peut jouer un rôle déterminant sur les futures grossesses, car il assure une mission de planification familiale portant sur l'éducation affective et sexuelle, sur la maîtrise de la fécondité, la prévention des infections sexuellement transmissibles dont le VIH, et la prévention des violences au sein du couple et de la famille, problématiques qui ont joué un rôle déterminant sur l'accès du mineur au statut de parent⁶. La vocation universelle de la PMI « lui permet à la fois de toucher des familles qui ne font pas la démarche volontaire de demander de l'aide et de repérer celles dont les difficultés exigent une aide plus soutenue et donc une orientation vers l'ASE »⁷.

423. À l'intervention de la PMI peut s'ajouter celle de l'Aide Sociale à l'Enfance, qui dispose également d'un rôle accru en matière de prévention depuis la loi du 5 mars 2007⁸, via la référence au « risque de danger »⁹. La mission du service de l'Aide Sociale à l'Enfance au sein des conseils départementaux ne se limite plus à attendre l'évidence des mauvais traitements pour intervenir¹⁰. Le législateur a amélioré la détection des familles vulnérables en confiant aux départements la charge du recueil et du traitement des informations préoccupantes concernant la situation d'un mineur¹¹, quelle que soit son origine¹². L'information préoccupante est envisagée à l'article 226-2-2 du Code de l'action

¹ V. sur ce point : V. Pécresse, *op. cit.* p. 13 ; art. L. 2112-6 CSP.

² Sur les enjeux de la petite enfance : le Défenseur des droits, *De la naissance à 6 ans : au commencement des droits*, novembre 2018, La doc. fr. Dans son rapport, le Défenseur des droits constate que les services de PMI peinent à assurer ses missions en raison d'une part, de l'augmentation des besoins et d'autre part, de la diminution des moyens mis à leurs disposition (pp. 73 et s.). Pour l'antériorité de ce constat, v. Cour des comptes, *La santé dans les Outre-mer, une responsabilité dans la République, rapport public thématique*, 2014 ; Conseil Economique Social et Environnemental, « La protection maternelle et infantile », *avis*, octobre 2014 ; É. Amar, F. Borderies, « Les services de PMI : plus de 5 000 points fixes de consultations en 2012 », *DRESS, Études et Résultats*, n° 913, avril 2015. M. Meunier, M. Dini, rapport d'information sur la protection de l'enfance, n° 655, 25 juin 2014, *Sénat*, pp. 44 s.

³ Les services de PMI se composent de professionnels de santé (médecins, sages-femmes, infirmier-ères, infirmières puéricultrices, psychologues, psychomotriciens), de personnels médico-sociaux (auxiliaires de puériculture, éducateurs), des professionnels à vocation sociale et d'accompagnement (conseiller(e)s conjugaux (ales).

⁴ Conseil Economique Social et Environnemental, « La protection maternelle et infantile », *op. cit.*, p. 10 ; parmi les déterminants de santé, le conseil évoque notamment : les conditions de vie, l'environnement socio-éducatif, des parents comme celui de leurs enfants.

⁵ Art. L. 2112-7 CSP.

⁶ Ex. *supra* nos 25, 96 et 404.

⁷ V. Pécresse, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁸ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *op. cit.*

⁹ Art. L. 221-1 et R. 221-1 CASF. Sur la notion de risque de danger : v. *supra* n° 415.

¹⁰ V. Pécresse, *op. cit.* p. 12.

¹¹ Art. L. 226-3 CASF et L. 2112-2 al. 6 CSP.

¹² J.-M. Lhuillier, « Information préoccupante et signalement : la mise en œuvre des textes issus de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *RDFS* 2010, p. 947.

sociale et des familles, et l'Observatoire national de l'Enfance en Danger¹ la définit comme « tout élément d'information, y compris médical, susceptible de laisser craindre qu'un enfant se trouve en situation de danger ou de risque de danger, puisse avoir besoin d'aide, et qui doit faire l'objet d'une transmission à la cellule départementale pour évaluation et suite à donner »². Les personnes soumises au secret professionnel sont autorisées dans ce cadre, à s'en délier sans que l'accord de l'enfant ne soit nécessaire³. Si le législateur a préservé la possibilité de procéder directement à un signalement judiciaire⁴ dans les situations les plus graves, ce signalement s'accompagne nécessairement d'une information préoccupante, à destination du département, lorsqu'il émane des services publics ou des établissements publics et privés susceptibles de connaître des situations de mineurs en danger ou qui risquent de l'être⁵. Lorsque le signalement provient de toute autre personne, l'information du département est réalisée par le procureur de la République qui le reçoit⁶. L'objectif de cette centralisation est d'éviter tout risque de déperdition des informations concernant l'enfant et qu'une situation ne soit pas traitée en raison de la dispersion des éléments nécessaires à son évaluation.

424. Lorsque le caractère préoccupant d'une information est retenu, elle donne lieu à une évaluation de la situation de l'enfant au domicile de ses parents, laquelle sera étendue à tous les enfants présents au foyer pour obtenir une vision globale de la situation familiale⁷. Dans l'hypothèse d'un parent-mineur, l'évaluation par les services devra l'appréhender non seulement comme un enfant à l'égard de ses parents, mais également comme un parent à l'égard de son enfant. Une fois réalisée, elle donnera lieu à un rapport confirmant ou infirmant l'existence d'un danger ou d'un risque de danger pour les enfants dans cet environnement familial, que ce soit le parent-mineur ou son enfant⁸. Ce rapport doit formuler des propositions sur les moyens à mettre en œuvre pour aider les parents à surmonter leurs difficultés ou envisager un signalement à l'autorité judiciaire lorsque cela n'a pas déjà été fait. Il peut également préconiser la saisine d'une commission pluridisciplinaire⁹, en cas de risque de délaissement parental ou lorsque le statut juridique de l'enfant paraît inadapté à ses besoins¹⁰. Les titulaires de l'autorité parentale doivent être informés du contenu du rapport et des suites données à l'évaluation, sauf si cette communication s'avère contraire à l'intérêt de l'enfant¹¹, notamment lorsqu'elle risque d'aggraver

¹ ONED, créé par la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, JO du 3 janvier 2004 p. 184, texte n° 1.

² ONED, « La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation », Guide pratique protection de l'enfance, *Min. Santé et Solidarité*, 2011, p. 9.

³ Art. 226-14 CP ; v. sur ce point : C. Quennesson, *Mineur et secret*, thèse dactyl, Bordeaux, 2017. Spec. « Chapitre II, La levée du Secret », pp. 231 s.

⁴ V. *infra* nos 432 s.

⁵ Art. L. 226-4 al. 7 et L. 226-3 al. 5 CASF.

⁶ Art. L. 226-4 al. 7 CASF.

⁷ Art. L. 226-3 al. 3 CASF.

⁸ Art. D. 226-2-7 CASF.

⁹ Commission prévue à l'article L. 223-1 CASF.

¹⁰ Art. R. 223-20 al. 12 CASF.

¹¹ *Ibid.* al. 5 et s. ; tous les documents produits avant la saisine du procureur de la République par le biais du signalement sont considérés comme des documents administratifs : CADA, 16 juillet 2009, avis n° 20092334, président du Conseil général du Vaucluse (service de l'Aide Sociale à l'Enfance).

sa situation. Une fois évaluée et en l'absence de classement ou de saisine de la justice, une aide éducative pourra être proposée au bénéfice de l'enfant. Cette aide prendra la forme d'un « contrat » passé entre le département et les titulaires de l'autorité parentale.

2. L'aide éducative proposée dans le cadre de la protection de l'enfance

425. Lorsque l'enfant est en danger ou risque de l'être, la prévention doit laisser place à des mesures permettant de pallier les carences dans sa protection¹ et fournir une aide aux parents, ou à défaut, à toute autre personne qui assume sa charge effective². Ces prestations s'adressent tant aux jeunes femmes enceintes qu'aux parents-mineurs comme à leurs parents chez lesquels ils résident avec leur enfant, à condition qu'ils assument la charge effective de ce dernier³. Ces prestations peuvent prendre la forme d'une aide en nature, ou d'une aide matérielle et financière.

426. La première prestation est l'aide à domicile attribuée à la demande du parent ou de la femme enceinte et avec leur accord⁴. Cette aide peut prendre la forme d'une action d'un technicien social et familial ou d'une aide-ménagère, d'un accompagnement en économie sociale et familiale, d'une intervention d'un service d'action éducative (AED)⁵, ou encore par une aide financière sous forme de secours exceptionnels⁶, ou d'allocations mensuelles⁷, à titre définitif ou sous condition de remboursement⁸, pour l'alimentation, les soins ou l'éducation de l'enfant. Ces aspects de l'aide à domicile peuvent se cumuler pour permettre à l'enfant de demeurer chez ses parents en dépit de leurs difficultés. Cette polyvalence offre une réponse adaptée aux besoins de l'enfant ainsi qu'à ceux de sa famille, ces mesures ne peuvent être accordées ou refusées qu'en considération de la situation particulière des personnes qui souhaitent en bénéficier⁹. Lorsqu'il s'agit d'une femme enceinte, celle-ci doit être confrontée à des difficultés médicales, sociales ou financières, de nature à compromettre sa santé ou celle de son futur enfant¹⁰. Dans le cas d'un parent ou de tout autre personne assumant la charge effective de l'enfant, la loi exige que ces aides soient nécessaires à la préservation de sa santé, de sa sécurité, pour son entretien ou son éducation et les prestations financières sont versées sous

¹ F. Capelier, « La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète », *RDSS* 2016, p. 540.

² V. art. L. 222-2 et L. 222-4 CASF.

³ Sur les difficultés de la notion d'enfant à charge, v. *supra* n°s 159 s.

⁴ Art. L. 222-2 CASF.

⁵ V. Mikalef-Toudic, « Les mesures d'accompagnement social personnalisé : une mission nouvelle pour les conseils généraux », *RDSS*, 2008, p. 513 ; T. Fossier, « Le droit des tutelles après sa réforme : nouvelle branche du droit de l'action sociale ? » *RDSS* 2007, p. 672.

⁶ Désigné sous le nom de « secours d'urgence »

⁷ « Allocation Mensuelles Temporaires » (AMT)

⁸ Art. L. 222-3 CASF.

⁹ Ex : TA Montreuil, 6 novembre 2012, n° 1107210, *JDJ* 2013, n° 329, p. 45 : « Que si, par nature, les aides sociales instituées par les mêmes dispositions présentent un caractère provisoire, elles ne peuvent cependant être légalement accordées ou refusées qu'en considération de la situation particulière des personnes qui les sollicitent ; » ; Sur la prise en charge de ces aides, v. art. R. 222-1 à R 222-4 CASF.

¹⁰ Art. L. 222-2 al. 2 CASF.

condition de ressources. En l'absence de revenus propres ou de soutien familial, le parent-mineur devient éligible à cette aide financière fournie par le département¹.

427. Lorsque ces aides ne suffisent plus pour assurer la protection de l'enfant et permettre aux parents et futurs parents de surmonter leurs difficultés, la loi envisage la possibilité d'organiser une prise en charge temporaire assurée par l'Aide Sociale à l'Enfance. Dans ce cadre, le département peut proposer un accueil aux femmes enceintes et aux mères isolées avec leurs enfants de moins de trois ans qui ont besoin d'un soutien matériel et psychologique, notamment lorsqu'elles sont sans domicile. L'Aide Sociale à l'Enfance offre une réponse permettant de faire face aux situations dans lesquelles un parent-mineur serait contraint de quitter le domicile familial. Se pose alors la question du consentement à cet accueil, car si l'accord du mineur suffit pour son enfant, le consentement écrit des grands-parents, titulaires de l'autorité parentale sur le parent-mineur est requis². Ce second consentement peut constituer un obstacle majeur à l'accueil du parent-mineur et de son enfant dans les situations conflictuelles. En cas d'urgence ou de refus des grands-parents de consentir à l'accueil du parent-mineur, l'établissement pourra saisir le procureur de la République afin d'obtenir son placement provisoire, dans l'attente d'une décision du juge des enfants qui sera saisi dans les huit jours³. Cet accueil provisoire se fait dans un cadre contractuel, permettant à chaque partie d'y mettre fin de manière anticipée, « les parents peuvent donc reprendre leur enfant à tout moment »⁴, sauf à signaler cette situation au procureur lorsque ce retour représente un danger. L'accueil proposé dans ce cadre n'est prévu que pour la mère et son enfant. Concernant le père, l'établissement n'est tenu qu'à l'organisation de dispositifs permettant de préserver ou de restaurer ses relations avec la mère et l'enfant, à la condition que cela ne nuise pas à son intérêt⁵. Faute d'hébergement permettant une prise en charge du couple parental, la loi du 16 mars 2016⁶ consacre l'existence des centres parentaux susceptibles d'accueillir, au titre de la protection de l'enfance, les enfants de moins de trois ans accompagnés de leurs deux parents et dans les mêmes conditions les deux futurs parents. Leur rôle ne se cantonne pas à accueillir les couples sans solution d'hébergement, car la loi prévoit également une mission de soutien et d'accompagnement à la parentalité⁷. Ces structures jouent un rôle important à l'égard des parents-mineurs en ce qu'elles les aident à investir pleinement leur fonction dans les premières années suivant la naissance de leur enfant. Cet accueil pose à nouveau la question du consentement de leurs parents. Enfin, il est possible d'envisager un accueil de l'enfant indépendamment de son parent-mineur⁸, lorsque le maintien de la

¹ Art. L. 222-2 CASF. Leur attribution repose également sur la notion de charge effective de l'enfant, v. sur ce point : P. Verdier, « Prise en charge au titre de l'Aide Sociale à l'Enfance de frais d'hébergement de famille », *JDJ*, 2011/1, n°301, p. 33.

² Art. L. 223-2 CASF.

³ Art. L. 223-2 al. 2 et 3 CASF ; Art. 375-5 C. civ.

⁴ S. Bernigaud, « Action sociale en faveur de l'enfance », in *Dr. fam, op. cit.*, n° 241-120.

⁵ Art. L. 222-5 al. 5 CASF.

⁶ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, *op. cit.*

⁷ Art. L. 222-5-3 CASF ; B. Chatoney, F. Van der Borcht., *Protéger l'enfant avec ses deux parents, le centre parental, une autre voie pour réussir la prévention précoce*, Éditions de l'atelier, septembre 2010.

⁸ Art. L. 222-5 al. 2 CASF.

cohabitation apparaît impossible. Les modalités de cet accueil peuvent être à temps complet ou à temps partiel en fonction des besoins de la famille. L'objectif est ici non seulement de garantir à l'enfant une stabilité affective, mais également de lui proposer une prise en charge adaptée à ses besoins dans un cadre spécialisé, familial et si besoin dans un établissement ou un service expérimental¹. Il s'agit généralement d'enfants souffrant d'une maladie ou présentant d'importantes difficultés comportementales nécessitant l'intervention d'établissements ou de services alliant hébergement, accompagnement socio-éducatif et prise en charge médicale².

428. L'aide éducative et plus généralement l'Aide Sociale à l'Enfance s'inscrivent dans le contexte de la mission du service public départemental d'action sociale, dont le rôle est de lutter contre toute forme d'exclusion et de vulnérabilité sociale. L'objectif est d'aider les personnes en difficulté à retrouver ou à développer leur autonomie de vie³, par un soutien accru à la parentalité⁴. « La lutte contre les différentes formes d'exclusion est en lien direct avec la protection des mineurs en danger et, à ce titre, la compétence du département et de ses partenaires est parfaitement justifiée »⁵, les services départementaux ont vocation à connaître en priorité les situations familiales dans lesquelles évoluent un parent-mineur et son enfant. L'Aide Sociale à l'Enfance dispose des moyens juridiques permettant de répondre de manière adaptée aux difficultés spécifiques rencontrées par ces parents, car un parent-mineur est à la fois un mineur dont la vulnérabilité est inhérente à son statut et un parent placé dans une situation de faiblesse, compte tenu de sa forte dépendance à son environnement familial. Les parents-mineurs sont exposés à un risque accru d'exclusion sociale surtout lorsque le contexte familial est carencé ou qu'il n'y a manifestement pas de soutien familial. Dans ces configurations, il revient à la société de pallier ces difficultés par l'action sociale du département. Cette action peut se révéler inefficace, soit en raison de l'opposition des familles voyant dans cette aide une ingérence dans leur intimité, soit que l'adhésion obtenue ne soit qu'une façade, sans qu'elle s'accompagne d'une réelle remise en question du fonctionnement familial. Comme il s'agit d'un mode de protection pris dans le cadre d'une décision administrative⁶, il n'est pas exclu que le département refuse la prise en charge en raison de contraintes budgétaires⁷. Dans ces situations, l'intervention du juge devient nécessaire, car lui seul peut imposer les mesures pour rétablir la protection de l'enfant.

¹ Art. L. 312-1 al. 13 CASF, parmi lesquels figuraient les centres parentaux avant que la loi du 16 mars 2016 ne consacre légalement leur existence.

² P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 757, pp. 485 s.

³ Art. L. 123-1 CASF.

⁴ V. la définition légale de la protection de l'enfance : art. L. 112-3 CASF.

⁵ S. Bernigaud, « Action sociale en faveur de l'enfance », in *Dr. fam.*, *op. cit.*, n° 241. 101.

⁶ V. *infra* n°s 445 s.

⁷ J.-M. Lhuillier, « Information préoccupante et signalement : la mise en œuvre des textes issus de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *op. cit.*

B- L'importance conservée par la protection judiciaire

429. En dépit de la volonté affichée du législateur d'instaurer un principe de subsidiarité de l'intervention judiciaire par rapport à l'intervention administrative en matière de protection de l'enfance¹, l'intervention judiciaire demeure importante lorsque l'action sociale ne permet pas à elle seule de supprimer le danger auquel l'enfant est exposé². L'aide éducative de nature administrative s'efface dans cette situation au profit de l'assistance éducative de nature judiciaire (1). Cette protection organisée par le juge des enfants sera amenée à s'articuler avec l'intervention d'autres magistrats également chargés de veiller à la protection des intérêts de l'enfant (2).

1. La protection judiciaire du parent-mineur et de son enfant par l'assistance éducative

430. En optant pour une organisation duale de la protection de l'enfance³, l'ordonnance du 23 décembre 1958⁴ a attribué au juge des enfants⁵ les compétences civiles liées à l'enfance en danger. Le législateur comme la doctrine ont tenté de déterminer les sphères de compétences respectives entre l'action sociale administrative et la protection judiciaire sans y parvenir véritablement, en raison de la porosité des interventions et de la complémentarité de ses acteurs⁶. Une première démarcation a été avancée reposant sur la distinction entre le « simple danger » fondant l'action de l'aide sociale qui revêt un caractère préventif, non contraignant, et le « danger avéré » qui justifie une intervention judiciaire contraignante à visée curative⁷, de nature à porter atteinte à l'exercice de l'autorité parentale. Cette démarcation n'est pas aussi nette qu'espérée, notamment lorsqu'il s'agit de distinguer l'aide de l'assistance éducative.

431. La loi du 5 mars 2007⁸ a procédé à un alignement des critères légaux de l'action administrative sur ceux de l'assistance éducative⁹, permettant d'une part au juge d'intervenir face à un simple risque de danger, et d'autre part à l'administration de proposer une aide à des parents en dépit du danger grave et avéré dans lequel se trouve l'enfant. Si la contrainte demeure un monopole judiciaire, en raison de l'atteinte aux droits et libertés de la famille, elle n'est pas systématique. Le juge est tenu de rechercher

¹ *Ibid.* n° 242. 20 ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n°s 750 s.

² V. le constat dressé par l'ONED dans son Huitième rapport au Gouvernement et au Parlement de mai 2013, *La doc.fr.*

³ V. décret n° 59-101 du 7 janvier 1959, art. 2, *JO* 8 janvier 1959, p. 601 : « les mineurs en danger sont placés sous la protection conjointe du juge des enfants et du directeur départemental de la population et de l'aide sociale » ; cette organisation n'est pas exclusive à la France : voir sur ce point : Sénat, Les structures de protection de l'enfance, *Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée*, n° L C 170, février 2007 ; ONED, Premier rapport annuel au Parlement et au Gouvernement, 2005, *La doc.fr.*, p. 22 ; V. Léger, E. Naudin, « L'assistance éducative : approche de droit comparé », *A.J. fam.*, 2002, p. 216 ; F. Granet-Lambrechts, « L'assistance éducative en France », *A.J. fam.*, 2004, p. 135.

⁴ Ordonnance 23 décembre 1958, n° 58-1301, *JO* 24 décembre 1958, p. 11770.

⁵ Créé par l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JO* 4 février 1945 p. 530

⁶ F. Eudier, P. Chamboncel-Saligue, « réforme de la protection de l'enfance : le défi de la coopération », *RJPF*, novembre 2007 (Partie 1) et décembre 2007 (Partie 2) ; R. Lafore, « Les montages institutionnels de la protection de l'enfance : entre justice et administration », *op. cit.*

⁷ F. Macorig-Venier « Le danger demeure-t-il le critère de l'action préventive de l'Aide Sociale à l'Enfance ? » *op. cit.* ; S. Bernigaud, *op. cit.*, n° 241. 05 ; J.-F. Échille, *op. cit.*, n° 3.

⁸ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance, *op. cit.*

⁹ Art. 375 C. civ.

l'adhésion des parents¹, en évitant toute contrainte². La loi du 5 mars 2007 a souhaité clarifier cette situation en faisant du département et de l'action sociale le pivot de la protection de l'enfance, l'intervention du juge devant rester subsidiaire. Ce principe de subsidiarité se retrouve à l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles qui envisage qu'un signalement sur la situation d'un mineur en danger est adressé au procureur de la République par le président du Conseil départemental pour saisine du juge des enfants chaque fois que l'aide éducative proposée ne suffit pas pour écarter le danger ou qu'elle se heurte à l'opposition des parents. L'intervention judiciaire serait limitée à l'existence d'un danger insurmontable pour l'aide sociale.

432. Cette subsidiarité ne se traduit pas véritablement dans les faits³. Selon les derniers chiffres publiés, « près de 7 actions éducatives sur 10 (68 %) et 8 placements sur 10 (79 %) sont décidés par le juge des enfants. »⁴ L'impossibilité ou l'échec de l'aide éducative ne constitue pas un prérequis nécessaire permettant de basculer vers une assistance éducative de nature judiciaire. Si la loi impose aux personnes qui ont connaissance « de privations, de mauvais traitements, d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur » d'informer les autorités compétentes⁵, elle laisse en principe une liberté de choix entre l'information du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes⁶. L'objectif est de permettre une protection de l'enfant dans les meilleurs délais, quel que soit l'interlocuteur choisi, car la loi organise en principe la coordination et la collaboration des différents acteurs⁷. On peut se demander s'il n'est pas nécessaire de privilégier l'action de la justice à celle de l'administration lorsque le danger est grave et manifeste, à plus forte raison lorsque l'enfant est victime d'un crime ou d'un délit⁸. Le procureur de la République⁹ centralise au niveau judiciaire les informations relatives à la situation d'un mineur afin d'évaluer la pertinence des éléments qui lui sont transmis et d'envisager la saisine du juge des enfants avec le cas échéant, l'ouverture d'une procédure pénale lorsque les faits révélés sont constitutifs d'une infraction.

¹ V. *infra* n° 445.

² Cela explique notamment les hésitations de la doctrine concernant la nature de cette procédure et déterminer si elle relève du gracieux ou du contentieux : v. A. Gouttenoire note ss Cass., civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, n° 94-05.102, *D.* 1996, p. 420 et les références en note de bas de page n° 1.

³ ONED, huitième rapport au Gouvernement et au Parlement, mai 2013, p. 91 : « [...] au niveau national, on observe une relative stabilité de répartition [...] mesures administratives et judiciaires [...] ». Sur ce point, la mise en œuvre de la loi du 05 mars 2007 n'a pas encore entraîné de modifications sensibles, au 31 décembre 2010 » ; V. les chiffres donnés par l'ONED, dans son dixième rapport au Gouvernement et au Parlement, du mai 2015, p. 138 ; S. Bernigaud, « Du signalement à la prise en charge des mineurs en danger », *RDSS* 2007, p. 29.

⁴ « Actualité de l'Aide Sociale à l'Enfance », *AJ. fam.* 2018, p. 566.

⁵ Art. 434-3 et 226-14 CP.

⁶ Art. L. 226-3 CASF.

⁷ A. Gouttenoire, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. À la recherche de nouveaux équilibres », *D.* 2007, p. 1090.

⁸ J.-M. Lhuillier, « Information préoccupante et signalement : la mise en œuvre des textes issus de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *op. cit.* ; ces questions font généralement l'objet de protocoles entre le département et la justice, l'auteur conclut qu' : « Avec ces protocoles, à la place d'une loi générale applicable à l'ensemble du territoire, le droit de la protection de l'enfance devient local. », chaque département ayant ses spécificités, contribuant à la complexité de l'organisation de la protection de l'enfance.

⁹ Sur son rôle, v. circulaire d'orientation du 6 mai 2010 relative au rôle de l'institution judiciaire dans la mise en œuvre de la réforme de la protection de l'enfance, NOR : JUSF1015443C.

Lorsqu'un signalement lui est adressé, une copie doit en principe être transmise au président du Conseil départemental¹, qui aura la charge d'organiser la coordination entre les services du département et ceux chargés d'exercer la mesure éducative, que ce soit en amont, en cours ou en fin de mesure. L'intérêt est de garantir la continuité et la cohérence de ces actions dont dépend la protection de l'enfant².

433. L'article 375 du Code civil envisage une saisine directe du juge des enfants soit par les père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, soit par la personne ou le service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, soit encore par le mineur lui-même³. Quand il s'agit de personnes assurant la prise en charge de l'enfant, celles-ci sont à même d'appréhender leurs difficultés. La loi les autorise à demander une assistance judiciaire sans avoir à passer par le filtre du procureur de la République. La saisine du juge des enfants diffère d'une demande en justice habituelle, car il ne s'agit pas d'une revendication juridique, mais d'une « simple » alerte à destination de la justice sur la situation d'un mineur⁴. Le parent-mineur peut non seulement demander qu'une assistance éducative soit ordonnée pour son enfant en tant que parent, mais également qu'une mesure éducative soit prise à son bénéfice en tant que mineur, s'il estime que sa protection n'est pas suffisamment assurée par ses parents. Cette dérogation à la règle de la représentation des mineurs en justice s'explique par la nature de cette procédure. L'assistance éducative ne peut aller à l'encontre des intérêts de l'enfant, car elle n'a d'autre objet que de veiller à la continuité de sa protection⁵, elle ne peut lui nuire. C'est la raison pour laquelle le mineur bénéficie du statut de partie à l'instance⁶. Son audition est de droit⁷ sous réserve de son discernement⁸, et qu'elle ne soit pas contraire à la protection de ses intérêts⁹. Le juge dispose dans ce cadre d'un pouvoir étendu, car il s'agit du « fruit d'un compromis entre une procédure purement civile et une procédure inquisitoire »¹⁰. Cette spécificité procédurale lui permet de répondre aussi bien aux demandes formulées par les parties comme de statuer *ultra petita*¹¹, en prenant toute autre décision qu'il estime le mieux à même de préserver l'intérêt de l'enfant. Il dispose également de la faculté de s'auto-saisir. Lors d'une instance, le juge peut étendre sa saisine aux autres enfants présents au domicile s'il l'estime nécessaire. Rien ne s'oppose à ce qu'une fois informé de la situation d'un parent-mineur, le juge des enfants étende sa saisine à l'enfant du mineur et inversement, lorsque des carences sont démontrées dans leurs protections respectives. Cette faculté est due au caractère d'ordre public de la protection liée au statut de mineur¹², la société

¹ Art. L. 226-4 al. 8 CASF.

² Art. L. 221-4 CASF et dans le même sens L. 223-1 et CASF.

³ J. Bigot, « L'accès à la justice des mineurs », *AJ. fam.* 2003, p. 376.

⁴ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, n° 1290, pp. 780 s.

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, n° 94-05.102, *D.* 1996.420, note A. Gouttenoire ; *Defrénois* 1996, p. 724, obs. J. Massip.

⁶ V. *supra* n° 362.

⁷ Cass., civ. 2^{ème}, 14 janvier 1998, n° 96-15.327, *JCP* 1999. I. p. 101, obs. Y. Favier.

⁸ Art. 1182 al. 2 CPC.

⁹ Le juge devant faire état dans sa décision des circonstances qui rendent cette audition inopportune : Cass., civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, n°s 90-05.006 et 90-05.015, *D.* 1992, p. 51, note J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 2 novembre 1994, *Defrénois* 1995, p. 1027, obs. J. Massip.

¹⁰ M. Douchy-Oudot, L. Sebag, « Assistance éducative », in *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 1400-20, n° 88.

¹¹ *Ibid.*, n° 156.

¹² *Ibid.*

devant veiller à sa continuité. Le rôle des parties est restreint à leur audition par le magistrat. L'objectif est de permettre à chaque partie de se faire entendre dans un cadre contradictoire¹ pour favoriser une prise de décision adaptée aux difficultés familiales conformes aux intérêts de l'enfant, dans le respect des droits de la défense². Si cela s'avère insuffisant, une mesure judiciaire d'investigation éducative³ pourra être ordonnée pour « fournir au magistrat des informations quant à la personnalité et aux conditions d'éducation et de vie du mineur et de ses parents »⁴. Dans l'attente, des mesures provisoires peuvent être prévues pour préserver au mieux l'intérêt de l'enfant.

434. Avant 2007, le juge ne disposait que d'une seule alternative entre l'assistance éducative en milieu ouvert qui permet de protéger l'enfant en le maintenant au domicile de ses parents et son placement provisoire. La loi du 5 mars 2007 a considérablement enrichi les mesures judiciaires en s'inspirant notamment des innovations dans le cadre de l'Aide Sociale à l'Enfance, expliquant qu'une partie des mesures judiciaires présente une similitude certaine avec des moyens relevant de l'action sociale⁵. Le juge peut prévoir une assistance éducative en milieu ouvert similaire à l'aide éducative à domicile, par laquelle il charge une personne qualifiée d'apporter aide et conseil à la famille, pour surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre⁶. Cette mesure peut être ordonnée à moyens renforcés pour que ces visites se succèdent à un rythme plus soutenu et éventuellement subordonner le maintien de l'enfant dans son milieu à des obligations particulières relevant normalement des libertés individuelles ou portant atteinte à l'exercice de l'autorité parentale⁷. Le juge est à même d'influer sur l'exercice de l'autorité par le parent sans avoir à porter atteinte à son caractère éminemment personnel. Il peut également décider de confier l'enfant à l'autre parent ou à un tiers si cela met fin au danger⁸. Cette mesure peut concerner directement le parent-mineur ou son enfant, le juge pouvant le confier à un membre de sa belle-famille en tant que tiers digne de confiance⁹, dès lors que le contexte familial est plus apaisé et que les conditions d'existence sont garanties pour son enfant comme pour lui-même¹⁰.

435. Ces mesures ne peuvent pas systématiquement se cumuler entre elles. Lorsque l'enfant est confié à l'Aide Sociale à l'Enfance, cette décision ne peut s'accompagner d'une mesure d'assistance éducative destinée à apporter aide et conseil à sa famille, en raison du caractère restrictif de l'article

¹ Art. 1189 CPC ; CEDH, 24 févr. 1995, n° 307-B, *Mc Michael c/ Royaume-Uni*, série A, *JCP G* 1996, I, p. 3910, obs. F. Sudre.

² A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, n°s 213 s.

³ Arrêté du 12 févr. 2011 portant création de la mesure judiciaire d'investigation éducative, *JO* 25 févr. 2011, p. 3409.

⁴ *Ibid.*, art. 2.

⁵ Sur la variété des mesures d'assistance éducative : v. J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. - Assistance éducative. - Modalités, effets. », in *J.-Cl. civ. Code*, Art. 371 à 387, fasc. n° 21, juillet 2015 (actualisation mai 2019), n°s 33 s.

⁶ Art. 375-3 al. 1 C. civ.

⁷ J.-F. Eschylle, M. Huyette, *loc. cit.*, n°s 67 à 73.

⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 19 novembre 2014, n° 13-15.477, *inédit*.

⁹ Art. 375-3 al. 3 C. civ. ; v. sur cette notion de tiers de confiance : C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n°s 370 s ; J.-F. Eschylle, M. Huyette, *loc. cit.*, n°s 91 s.

¹⁰ L'enfant du mineur ayant vocation à suivre son parent sur son lieu de placement en raison de l'obligation de cohabitation de l'article 371-3 C. civ.

375-4 du Code civil¹. Cette interdiction peut se justifier par la volonté du législateur d'éviter que l'action d'un service public destiné à protéger l'enfant fasse l'objet d'un contrôle indirect du juge². Cet obstacle est surmonté dans la pratique lors de la détermination des objectifs de la mesure du placement par le juge qui peut demander au service de réaliser un travail éducatif sur le parent, ou par l'organisation d'une aide éducative à domicile en parallèle du placement judiciaire³. Pour ces raisons, le juge des enfants occupe avec les services départementaux de la protection de l'enfance un rôle prépondérant dans les réponses pouvant être apportées aux parents-mineurs en cas de carences observées, que ce soit dans la protection dont ils sont redevables, ou dans celle qu'ils sont eux-mêmes en droit d'attendre de leurs parents. Le juge des enfants n'est pas la seule autorité judiciaire susceptible de protéger le mineur lorsque sa protection primaire est défaillante en raison de la précarité de la fonction parentale. Sa compétence peut entrer en concurrence avec celle du juge aux affaires familiales.

2. *L'articulation de la protection judiciaire de l'enfance*

436. Une même situation familiale peut relever de la compétence de plusieurs magistrats, le juge des enfants comme le juge aux affaires familiales disposent de compétences en matière de protection de l'enfance⁴. Bien que le contexte de leurs interventions soit différent, « la question des rapports des parents entre eux et avec leurs enfants est souvent un des éléments concourant à la situation de danger encourue par les enfants »⁵. C'est la raison pour laquelle leurs actions peuvent éventuellement se succéder, lorsqu'elles ne sont pas concomitantes⁶. Le juge des enfants n'a pas de compétence pour organiser l'exercice de l'autorité parentale en tant que tel⁷. Cette compétence est exclusivement dévolue au juge aux affaires familiales⁸, mais il peut en limiter l'exercice lorsque les prérogatives parentales sont incompatibles avec les mesures éducatives envisagées⁹. Le juge des enfants est également susceptible d'être saisi de la situation d'un enfant, quelle que soit l'organisation familiale. De son côté, le juge aux affaires familiales organise l'exercice de l'autorité parentale entre les parents, l'enfant et le cas échéant,

¹ Cette interdiction de cumul entre les mesures résulte d'une jurisprudence constante : Cass., civ. 1^{ère}, 21 septembre 2005, n° 04-15117, *Juris-Data* n° 2005-029951 ; Cass., civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, n° 03-05025, *Juris-Data* n° 2003-019176, *Bull. civ.* 2003, I, n° 128, *D.* 2003, p. 1509 ; Cass., civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, n° 92-05043, *Juris-Data* n° 1994-001321, *JCP G* 1994, IV, p. 2157, *Bull. civ.* 1994, I, n° 229 ; *Gaz. Pal.*, 25-29 août 1995, n° 237-241, somm. p. 17 ; Cass., civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, n° 03-05025, *Juris-Data* n° 2003-019176, *JCP G* 2004, I, n° 5, obs. T. Fossier ; *D.* 2003, inf. rap. p. 1601 ; *Deffrénois* 2003, p. 1496, obs. J. Massip, *RDSS* 2003, p. 480, obs. F. Monéger ; cette impossibilité de cumul fait l'objet de critiques, v. sur ce point : S. Bernigaud, « Du signalement à la prise en charge des mineurs en danger », *RDSS* 2007, p. 29.

² J.-F. Échille, « Autorité parentale. -Assistance éducative. -Modalités, effets. », *op. cit.*, n° 48.

³ *Ibid.* n° 49.

⁴ Y. Favier « Le droit et la protection de l'enfance » *Informations sociales*, vol. 140, n° 4, 2007, pp. 18-27 : « il n'est pas rare qu'un conflit familial – entre les parents ou entre les parents et les membres de la famille voire des tiers – soit porté devant le juge aux affaires familiales avant de finir dans le cabinet du juge des enfants... ou l'inverse ! »

⁵ J.-M. Permingeat, « Les compétences concurrentes du juge des enfants et du juge aux affaires familiales », *AJ. fam.* 2013, p. 280 ; v. également : L. Gebler, « L'enfant et ses juges », *AJ. fam.* 2007, p. 390.

⁶ M. Douchy-Oudot, L. Sebag, « Assistance éducative », *op. cit.*, nos 29 à 44.

⁷ E. Chauvet, « Le point de vue du juge des enfants », in *L'autorité parentale et ses juges*, C. Albiès (dir.), Litec, coll. Carré droit, 2014, p. 129.

⁸ V. *supra* nos 437 s. ; ex., la délégation de l'autorité parentale relève de la compétence exclusive du juge aux affaires familiales ; J.-F. Échille, « Autorité parentale. -Assistance éducative. -Champ d'application. Condition. », *op. cit.*, n° 38 ; pour une illustration : Cass., civ. 1^{ère}, 20 novembre 2013, n° 12-26.444, *inédit* ; sur la délégation v. *infra* nos 627.

⁹ Art. 375-7 ; v. *infra* n° 523.

avec les tiers. Il ne peut ordonner de mesure éducative pour veiller au bon déroulement des relations familiales sans empiéter sur la compétence exclusive du juge des enfants¹.

437. Leurs domaines d'intervention peuvent converger, car si la loi fonde spécifiquement la compétence du juge des enfants sur le danger², le juge aux affaires familiales se doit d'en tenir compte au moment de statuer sur l'organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale³. Conformément à l'article 373-2-6 du Code civil, le juge aux affaires familiales « règle les questions qui lui sont soumises [...] en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ». Il ne peut donc consacrer une situation de nature à pérenniser un danger pour l'enfant. Ces deux magistrats peuvent intervenir pour organiser les relations juridiques au sein d'un même environnement familial. La loi prévoit que les tiers, membres de la famille ou non, peuvent demander au ministère public de saisir le juge aux affaires familiales pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant⁴, lorsqu'ils estiment que ses intérêts sont mal préservés par ses parents. Cette procédure est similaire à celle ouverte aux tiers en assistance éducative, qui peuvent informer le procureur de la République, qui sera chargé d'envisager la saisine du juge des enfants. Le procureur de la République, dans ces deux procédures, joue un rôle de filtre. L'objectif est d'une part d'éviter toute ingérence injustifiée dans l'intimité familiale et d'autre part de veiller à la continuité de la protection offerte au mineur dans son intérêt comme dans celui de la société, en raison de sa nature d'ordre public⁵. Les parents-mineurs, comme leurs parents ont la possibilité de saisir soit directement, soit indirectement les juridictions susceptibles d'organiser leurs relations. La protection de l'enfant et celle de son parent-mineur peuvent requérir l'intervention successive ou combinée du juge des enfants et du juge aux affaires familiales. La loi organise un partage de compétence pour éviter d'éventuels conflits et préserver leur complémentarité, lorsque la subsidiarité de leur intervention est insuffisante.

438. Lorsqu'il existe une décision du juge aux affaires familiales antérieure à la saisine du juge des enfants, la loi pose un principe de subsidiarité à l'article 375-3 du Code civil. Ce texte prévoit « que lorsqu'une requête en divorce a été présentée ou un jugement de divorce rendu entre les père et mère ou lorsqu'une requête en vue de statuer sur la résidence et les droits de visite afférents à un enfant a été présentée ou une décision rendue entre les père et mère », le juge des enfants n'a pas vocation à intervenir si la situation familiale n'a pas évolué. Les éléments qui lui ont été rapportés étaient connus

¹ Cass., civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, n° 93-14.375, *Bull. civ.* I, n° 192 ; D. 1996, somm. p. 238, obs. D. Autem ; *Deffrénois* 1996, p. 339, obs. J. Massip ; *RTD. civ.* 1995, p. 614, obs. J. Hauser.

² Entendu ici, dans son sens le plus large englobant non seulement le danger *stricto sensu*, mais aussi les conditions de développement et d'éducation gravement compromises ; sur les conditions de l'intervention de la protection de l'enfance, v. *supra*. nos 398 s.

³ M. Douchy-Oudot, L. Sebag, « Assistance éducative », *op. cit.*, n° 43.

⁴ Art. 373-2-8 C. civ. créé par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, *JO* 5 mars 2002, art. 6.

⁵ Le procureur de la République en tant que destinataire des signalements judiciaires, occupe le poste d'aiguillage de la protection juridique de l'enfance, rôle qui a été dévolu à la CRIP en matière de protection sociale de l'enfance (v. *supra*. n° 424 [CRIP] et n° 432 [ministère public])

du juge aux affaires familiales qui en a tenu compte au moment de rendre sa décision et a organisé les relations familiales de manière à préserver l'enfant d'un éventuel danger. Dans ce cas, le juge des enfants ne pourra modifier ni la résidence de l'enfant par son placement ni les modalités organisant l'exercice du droit d'accueil de l'autre parent et doit se déclarer incompétent¹. Pour modifier les conditions de vie de l'enfant, le juge des enfants doit d'une part se fonder sur des éléments nouveaux qui n'existaient pas lors de la précédente décision ou qui étaient inconnus du juge², et d'autre part vérifier que ces éléments constituent un danger au sens de l'article 375 du Code civil. Ce n'est qu'à ces deux conditions cumulatives qu'une décision d'assistance éducative pourra modifier l'organisation familiale³. Le juge des enfants est spécialisé dans la protection de l'enfance ; pour cette raison, les aménagements de l'exercice de l'autorité parentale s'appliqueront tant que la mesure éducative n'aura pas été levée et le danger écarté. Ce n'est qu'une fois la mainlevée de la mesure ordonnée que la décision antérieure du juge aux affaires familiales pourra s'appliquer à nouveau. À l'inverse, lorsque le juge aux affaires familiales est saisi alors qu'une procédure d'assistance éducative est ouverte, la décision du juge des enfants s'imposera au juge aux affaires familiales. Face à une divergence entre les deux décisions, les dispositions prises par le juge aux affaires familiales ne seront applicables qu'à l'issue de la procédure éducative⁴.

439. Pour faciliter cette coopération et leur complémentarité, le décret du 10 avril 2009⁵ organise et systématise la circulation des informations et la communication des pièces entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales lorsque la situation d'un mineur est connue de ces deux juridictions. L'article 1072-1 du Code de procédure civile prévoit que lorsqu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales vérifie systématiquement si une procédure d'assistance éducative est ouverte à l'égard du ou des mineurs. Lorsque cette procédure existe, il peut demander au juge des enfants de lui transmettre copie de pièces du dossier en cours, sous réserve de la similitude de l'identité

¹ Cass., civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, n° 96-05.128, *Bull. civ. I*, n° 344.

² Cass., civ. 1^{ère}, 12 janvier 1994, n° 92-05.030, *Juris-Data* n° 1994-000038 ; *Bull. civ.* 1994, I, n° 17 ; *JCP G* 1994, II, p. 22341, comm. S. Bernigaud ; sauf dans le cas où s'il s'agit précisément de faire respecter les modalités de l'autorité parentale fixées antérieurement par le juge aux affaires familiales, car leur non-respect constitue un danger pour l'enfant : Cass., civ. 1^{ère}, 23 février 1994, n° 93-05003, *Bull. civ.* 1994, n° 78, p. 60 ; *JCP G* 1994, II, 22341, comm. S. Bernigaud.

³ G. Raymond, « Assistance éducative », *op. cit.*, n° 40 ; et les jurisprudences citées : Cass. 1^{ère} Civ., 16 juillet 1974, *RTD. civ.* 1975, p. 796 ; 29 novembre 1965, *Gaz. Pal.* 26 mars 1966, 1 ; Dijon, 23 janvier 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. p. 158 ; Dijon, 27 mars 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, somm. p. 246 ; Dijon, 26 octobre 1984, *Gaz. Pal.* 1985, somm. p. 178 ; Cass., civ. 1^{ère}, 8 octobre 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 386 ; Cass., civ. 1^{ère}, 14 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 192 ; Cass., civ. 1^{ère}, 12 janvier 1994, n° 92-05.030, *Bull. civ. I*, n° 17 ; Cass., civ. 1^{ère}, 26 janvier 1994, n° 91-05.083, *Bull. civ. I*, n° 32 ; Cass., civ. 1^{ère}, 4 mai 1994, n° 93-05.040, *Gaz. Pal.* 1995, Somm. 319, *Deffrénois* 1994, p. 1448, obs. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 10 juillet 1996, n° 95-05.027, *Bull. civ. I*, n° 313 ; Cass., civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, n° 96-05.128, *Bull. civ. I*, n° 344 ; Cass., civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *Dr. fam.* 2006, comm. p. 144, obs. A. Gouttenoire ; *D.* 2006, Jur. 1947, note M. Huyette ; *AJ fam.* 2006, p. 288, obs. H. Gratadour ; *RTD. civ.* 2006, p. 299, obs. J. Hauser ; Cass., civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, n° 05-05007, *RJPF* 2006-12, p. 20, obs. F. Eudier.

⁴ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.* n° 763, p. 488. Ex : CA Paris, 05 juillet 2001, n° 2000/32078, *AJ. fam.*, 2001, p. 56.

⁵ Décret n° 2009-398 du 10 avril 2009, relatif à la communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, JO n° 0087 du 12 avril 2009 p. 6418 ; C. Castella, « L'échange d'information entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales », *AJ. fam.* 2013, p. 475 ; M. La Mesta, J. Leborgne et É. Barbe, « Communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles », *AJ. fam.* 2009, p. 216. Par ailleurs, il convient de rappeler que depuis la loi du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, (JO du 13 mai 2009 p. 7920), a attribué les compétences du juge des tutelles concernant les tutelles mineures au juge aux affaires familiales, si bien qu'il n'est plus concerné par ces dispositions.

des parties entre la procédure d'assistance éducative et celle ouverte devant lui. Cette restriction a pour but d'éviter que des personnes qui n'auraient pas eu accès au dossier d'assistance éducative dans le cadre de la procédure ouverte devant le juge des enfants puissent en avoir connaissance devant le juge aux affaires familiales¹. Le juge des enfants peut retrancher du dossier qu'il communique toutes les pièces qui risquent de faire courir un danger physique ou moral à l'enfant dans les mêmes conditions que lors de la consultation du dossier en assistance éducative². Conformément à l'avis rendu par la Cour de cassation le 1^{er} mars 2004³, le juge aux affaires familiales peut fonder sa décision sur le dossier d'assistance éducative communiqué par le juge des enfants, sous réserve que les parties figurent parmi celles qui ont qualité pour accéder au dossier d'assistance éducative, et que les pièces du dossier soient soumises au débat contradictoire⁴. L'organisation familiale envisagée dans le cadre de l'assistance éducative peut être pérennisée par le juge aux affaires familiales, qui peut s'appuyer au besoin, sur les rapports des services sociaux pour évaluer les capacités éducatives des personnes amenées à prendre en charge l'enfant et son parent-mineur. La protection de l'enfance ne repose pas exclusivement sur les acteurs institutionnels, qu'ils soient de nature judiciaire ou administrative. L'implication du parent et du mineur dans les mécanismes de protection de l'enfance est nécessaire afin d'apaiser le contexte familial et favoriser le retour à une protection assurée dans le cadre exclusif de l'autorité parentale. La protection de l'enfance permet d'intervenir dans l'exercice de ce droit en dépit de son caractère éminemment personnel. Cette protection met en place des moyens permettant d'accompagner le parent-mineur et ses parents dans leur fonction⁵, l'idée étant d'agir aux côtés du parent et non de se substituer à lui. L'intérêt de cet accompagnement est à terme de leur permettre de retrouver une autonomie dans l'exercice de leurs droits et ainsi restaurer la protection primaire de l'enfant⁶. La protection de l'enfance contribue à restaurer le statut de parent et celui de mineur autour desquels s'organise les relations familiales.

§ 2 : Le parent-mineur et ses parents, acteurs de la protection de leur enfant

440. En dépit des carences révélées dans l'exercice de leur fonction, les parents continuent de bénéficier de la confiance résultant de leur filiation qui fait d'eux les protecteurs naturels de leur enfant. La protection de l'enfance ne cherche pas à sanctionner les père et mère, bien au contraire, il s'agit de les aider à se réinvestir dans leur fonction, tout en veillant par ailleurs, à garantir la protection de leur enfant le temps nécessaire pour réaliser ce travail⁷. Si l'action éducative est menée au bénéfice de l'enfant,

¹ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 764, p. 489.

² V. art. 1187 al. 4 CPC.

³ Cass., avis, 1^{er} mars 2004, n° 004 0001P, *AJ. fam.* 2009, p. 216, obs. M. La Mesta, J. Leborgne et E. Barbé.

⁴ Cass., ch. réun., 1^{er} mars 2004, n° 03-00003, *D.* 2004, p. 1627, note M. Huyette ; *RTD. civ.* 2004, p. 498, obs. J. Hauser.

⁵ Sur la notion d'accompagnement v. *infra* nos 773 s.

⁶ V. F. Petit, « Le droit à l'accompagnement », *DS* 2008, p. 413.

⁷ A. Kimmel-Alcover, « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance », *RDSS* 2013, p. 132.

elle l'est également à destination des parents. De leur implication respective dépend la réussite des actions envisagées (A) qui ne peuvent excéder le temps nécessaire à la restauration de l'autorité parentale comme seule protection de l'enfant (B).

A- L'implication du parent-mineur et de son parent dans l'action éducative

441. La protection de l'enfance doit assurer la continuité de la protection de l'enfant en cas de défaillance parentale, mais également aider et accompagner les parents pour surmonter les difficultés qu'ils rencontrent dans l'exercice de leur fonction¹ par l'action éducative. Cette action, qui allie l'aide sociale d'origine administrative et l'assistance éducative de nature judiciaire, intègre le parent dans son fonctionnement (1), tout comme l'enfant selon son âge et son degré de maturité (2). Par cette intégration le parent-mineur occupe une place centrale dans l'organisation de cette protection, qu'il y soit associé en tant qu'enfant ou en tant que parent. De son degré d'implication dépendra *in fine* la réussite ou l'échec de l'action éducative².

1. L'intégration du parent-mineur dans l'action éducative en tant que parent

442. Qu'il s'agisse de l'aide sociale ou de la protection judiciaire de l'enfance, la législation a progressivement associé les parents à la protection de l'enfance, malgré les défaillances dans l'exercice de leur fonction à l'origine du danger. Ce danger n'est plus appréhendé comme une faute susceptible de leur être imputée, « mais comme un signe de difficulté qui mérite aide et assistance »³. Par ce changement de perception, la protection de l'enfance n'appréhende plus les parents sous l'angle de leur responsabilité, mais sous celui de leur vulnérabilité. Il ne s'agit plus de réprimer un comportement, mais de surmonter les difficultés que ce comportement génère. Pour ce faire, « il convient d'intervenir à leurs côtés, de leur offrir un soutien dans l'exercice de leurs prérogatives et non de les dépouiller de ces dernières »⁴. Cet objectif fait de la protection de l'enfance, une protection « supplétive »⁵ pouvant épauler temporairement l'autorité parentale, sans s'y substituer. Les parents conservent ainsi tous les attributs qui ne sont pas manifestement incompatibles avec les mesures ordonnées⁶. La protection de l'enfant est pensée avant tout dans sa famille qui occupe une place importante au sein du dispositif

¹ « Il ne faut pas perdre de vue l'objectif assigné à l'assistance éducative. Au-delà de la protection du mineur avec la disparition de l'état de danger, c'est bien vers le rétablissement d'un fonctionnement harmonieux de l'autorité parentale que doit tendre la mesure prise par le juge des enfants. Ce dernier apparaît donc comme un magistrat au service de l'autorité parentale » : A. Kimmel-Alcover, « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance », *op. cit.*

² J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. -Assistance éducative. – Modalité, effets », *op. cit.*, n° 5. Les propos de l'auteur ne concernent que l'assistance éducative, comme il s'agit du dernier niveau de l'action éducative, l'échec de l'assistance éducative marque les limites de la protection de l'enfance dans son ensemble.

³ D. Youf, *op. cit.*, p. 37.

⁴ A. Kimmel-Alcover, *op. cit.*

⁵ V. *supra* nos 385 s.

⁶ Art. 375-7 al. 1 C. civ. ; sur l'articulation de l'autorité parentale et les mesures d'aide et d'assistance éducative, v. *infra* nos 519 s.

d'Aide Sociale à l'Enfance depuis la loi du 6 juin 1984¹, et dont l'intégration n'a cessé de se renforcer au fil des réformes².

443. Les services sociaux chargés de la protection de la famille et de l'enfance sont tenus d'informer toute personne, qui sollicite une aide éducative ou qui en bénéficie, des conditions d'attribution et des conséquences que les prestations d'aide sociales qui leur sont accordées peuvent avoir sur les droits et obligations qu'il détient sur l'enfant³. En raison du caractère strictement personnel de l'exercice de l'autorité parentale⁴, le parent-mineur peut solliciter une aide éducative pour l'accompagner dans son rôle de parent, sans assistance ni représentation⁵. Cette aide ne sera proposée qu'à l'issue d'une évaluation de l'environnement familial et des besoins de l'enfant. Lorsque les parents ne sont pas à l'origine de la procédure, le service recueille à cette occasion leur avis, que ce soit sur les besoins du mineur, leurs difficultés éventuelles, leur compréhension de la situation ou encore leurs propositions pour y remédier⁶. L'intégration des parents dès la phase d'évaluation détermine dans quelles proportions ils acceptent l'aide qui leur est fournie et leur degré d'implication⁷. Ce recueil est l'occasion pour les parents-mineurs, d'exposer les éventuelles difficultés qu'ils rencontrent dans la prise en charge de leur enfant, comme celles liées à leur propre minorité. À l'issue de cette évaluation, les parents doivent être informés des mesures envisagées ainsi que de leurs conséquences sur leurs droits et obligations⁸. Qu'il s'agisse d'un parent majeur ou mineur, celui-ci doit également être informé de son droit d'être assisté par une personne de son choix⁹, rappelant le rôle de la personne de confiance en matière de santé, qui accompagne le patient dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions¹⁰, afin de pallier la vulnérabilité de l'utilisateur du service public concerné¹¹. Si la décision finale sur l'octroi de l'aide sollicitée revient au président du Conseil départemental¹², la volonté du parent a son importance, car il peut l'accepter ou la refuser. Aucune décision sur le principe ou les modalités de l'admission dans le service de l'Aide Sociale à l'Enfance ne peut être prise sans son

¹ Loi du 6 juin 1984, n° 84-422, relative aux droits des familles dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance, et au statut des pupilles de l'État, *JO* 7 juin 1984, p. 1762.

² V. Péresse, rapport n° 2832, sur la proposition de loi n° 3222 du 28 juin 2006, 25 janvier 2006, *Assemblée nationale*, p. 94 : « Une évolution notable s'est opérée depuis plusieurs années, les travailleurs sociaux des services de l'ASE s'étant rendu compte qu'il était bien préférable de chercher à impliquer les parents dans le choix du type de placement ou de mesure éducative dont avait besoin leur enfant, plutôt que de proposer une solution prédéterminée sans que les parents ne disposent d'aucune faculté d'orienter la prise en charge décidée par l'ASE. »

³ Art. L. 223-1 CASF.

⁴ Art. 458 C. civ.

⁵ S. Moisdon-Chataigner, « Les rapports du service de l'Aide Sociale à l'Enfance avec les parents de l'enfant placé », *RDSS* 2017, p. 837.

⁶ Art. D. 226-2-3 CASF.

⁷ X. Charlet « La place des parents, de l'enfant et des professionnels. Pistes de réflexion pour la pratique », in *Famille, parenté, parentalité et protection de l'enfance*, ONED, septembre 2013, La doc. fr.

⁸ Art. L. 223-1 CASF.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Sur la personne de confiance : art. L. 1111-6 CSP ; P. Lokiec, « La personne de confiance, Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit positif », *RDSS* 2006, p. 865. Pour une critique de l'utilisation de l'accompagnement des personnes vulnérables v. B. Lavaud-Legendre, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction », *RDSS* 2010, p. 520.

¹¹ D. Roman, « L'utilisateur vulnérable », *RFDA* 2013, p. 486.

¹² Art. L. 222-1 CASF.

accord écrit¹. Le parent-mineur bénéficie ici d'une présomption de discernement, car il agit en tant que parent et non en tant que mineur.

444. À première vue, l'aide éducative revêt la forme d'une contractualisation des relations entre le département et les parents², supposant la rencontre de leurs volontés. Si la procédure d'aide éducative emprunte à la procédure contractuelle, elle n'aboutit pas pour autant sur un contrat, comme entendu par le droit des obligations. Il s'agit en réalité d'un acte administratif unilatéral pris avec l'accord des intéressés dont la portée est individuelle³. En effet, la procédure d'aide éducative donne lieu à une décision administrative prise par le département au bénéfice d'un enfant avec l'accord de ses parents ou de l'un d'eux⁴. « La notion d'accord ou de collaboration [des parents] ne doit pas être comprise dans une logique de contractualisation, mais dans une logique de droits des personnes, dans une matière où de fait les familles et l'administration ne sont pas sur un pied d'égalité »⁵. Le recueil de la volonté parentale n'est ici qu'une garantie offerte aux familles face à l'ingérence de la société dans leur quotidien. La forme contractuelle formalise solennellement l'accord des parents, pour les responsabiliser et s'assurer de leur implication tout au long du processus d'accompagnement⁶. La référence doctrinale à la « contractualisation » ne doit pas être entendue comme la nature juridique de l'aide, mais comme un élément de l'intervention en elle-même. La recherche de l'adhésion de la famille est une obligation de résultat mise à la charge de l'administration, venant conditionner son action⁷. Qu'il s'agisse d'un majeur ou d'un parent-mineur, l'attribution de l'aide se fera dans les mêmes conditions, ce qui suppose son accord préalable. Cette acceptation par le parent est déterminante, car elle lui accorde un droit de veto sur la mise en place de la mesure éducative⁸. En acceptant, le parent-mineur permet aux services sociaux d'intervenir dans le fonctionnement familial sans que ses parents, pourtant titulaires de l'autorité parentale à son égard, puissent valablement s'y opposer, l'inverse étant également possible.

¹ Art. L. 223-2 al. 1 CASF.

² V. la question sur la notion de contractualisation de l'aide sociale : ONED, neuvième rapport au Gouvernement et au Parlement, mai 2014 ; M. Becquemin, « Le contrat en protection de l'enfance : incertitudes et contradictions », *La revue française de service social*, n° 243, 2011, pp. 60-67 ; R. Lafore, « Le contrat dans la protection sociale », *DS* 2003, p. 105 ; S. Moulay-Leroux, « Le contrat avec l'usager : paradigme ou parasite de la relation d'aide ? », *RDSS* 2012 p. 5 ; F. Capelier, « Besoins fondamentaux, projets personnalisés et logique de parcours : nouveaux paradigmes du droit de l'aide et de l'action sociales ? » *RDSS* 2019, p. 723.

³ ONED, neuvième rapport au Gouvernement et au Parlement, *op. cit.*, p. 27. L'article R. 223-2 CASF prévoit que « Les décisions d'attribution, de refus d'attribution, de modification de la nature ou des modalités d'attribution d'une prestation doivent être motivées. Leur notification doit mentionner les délais et modalités de mise en œuvre des voies de recours », ce qui permet d'écarter la nature contractuelle de l'aide éducative.

⁴ « Rencontre de volonté ; terme générique synonyme de convention » : *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « accord » sens n° 1, renvoyant à la notion de consentement. L'accord peut également faire référence de manière plus spécifique à un « assentiment donné à une proposition » sens n° 2, soit à une adhésion. En l'espèce, il s'agirait plus d'un assentiment du parent donné à une proposition formulé par les services d'Aide Sociale à l'Enfance, soit de manière spontanée soit à sa demande. L'adhésion intervient moins lors de la mise en place de l'action éducative que dans son déroulement.

⁵ ONED, Neuvième rapport au Gouvernement et au Parlement, *op. cit.*, p. 25.

⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁷ F. Capelier, « La protection de l'enfant, avec ou contre sa famille ? La recherche d'un équilibre entre familialisme et individualisme au sein du droit français », *JDJ*, n° 326, juin 2013, p. 36.

⁸ ONED, Neuvième rapport au Gouvernement et au Parlement, mai 2014, p. 20 : « Le recueil d'un accord implique la possibilité d'un désaccord, dont le traitement doit *a priori* être envisagé, le désaccord ouvrant des possibilités de discussion et de négociation ».

Seul le refus des parents bénéficiaires de la mesure peut y faire échec, le département n'ayant aucun pouvoir de contrainte.

445. L'accord donné par le parent-mineur ou son parent doit non seulement porter sur l'aide proposée, mais également sur le diagnostic des difficultés ainsi que sur les besoins de l'enfant. Cette précision est essentielle, car faute de saisir l'origine de leurs difficultés, les parents ne seront pas parvenus à modifier leur comportement, nuisant à l'efficacité du travail éducatif¹. L'ANSEM², en son temps³, avait identifié quatre grandes catégories de désaccords susceptibles de faire échec à l'adhésion et à l'implication des parents : la première est constituée des malentendus, méconnaissances, manques d'informations réciproques ; la seconde étant les craintes, mécontentements et demandes de reconnaissance de la part des personnes ; la troisième étant les oppositions de croyances, convictions et valeurs ; enfin la quatrième par l'impossibilité pour les parents d'identifier les besoins de leur enfant⁴. De cette liste, il est possible de déduire que l'intervention administrative trouve ses limites naturelles dans la faculté des parents à accepter l'aide qui leur est proposée⁵. Pour faciliter ces démarches, le législateur a donné la possibilité de faire appel à des soutiens extérieurs pour accompagner le parent, en associant toute personne participant déjà à la prise en charge de l'enfant. Ces tiers, qui bénéficient déjà de la confiance des parents, épaulent le service dans le travail éducatif. Cette souplesse est indispensable dans les situations familiales complexes où se côtoient plusieurs générations de parents et d'enfants comme dans l'hypothèse de parents-mineurs. Les parents et le cas échéant les grands-parents du parent-mineur pourront être appelés pour le soutenir dans la prise en charge de son enfant. La minorité du parent renforce l'importance du rôle occupé par l'environnement familial. Les grands-parents sont les premiers soutiens susceptibles de pallier les défaillances dans la protection de leur petit-enfant, notamment quand la résidence du parent est fixée à leur domicile. Leur rôle de tiers de confiance peut être tempéré lorsque les défaillances du parent-mineur résultent d'une défaillance dans sa propre protection. Dans cette situation, une aide éducative pourra également être proposée aux père et mère du parent-mineur.

446. Lorsque le service de l'Aide Sociale à l'Enfance se heurte au refus de la famille ou à l'impossibilité de toute collaboration, le président du Conseil départemental doit en avertir sans délai le procureur de la République aux fins de saisir le juge des enfants⁶. En dépit d'une judiciarisation de la procédure éducative, les parents demeurent au centre du dispositif et continuent d'être pleinement associés aux différentes étapes de la procédure. Le département est tenu d'informer les familles de la

¹ *Ibid.*, p. 24.

² Agence Nationale de l'Evaluation et de la qualité des Etablissements Sociaux et Médicaux-sociaux.

³ Depuis le 1^{er} avril 2018, l'ANESM a rejoint la Haute Autorité de Santé (HAS).

⁴ ANESM, « L'exercice de l'autorité parentale dans le cadre du placement », recommandation de bonnes pratiques professionnelles, février 2010.

⁵ ONED, Neuvième rapport au Gouvernement et au Parlement, *op. cit.*, p. 22.

⁶ Art. L. 226-4 CASF.

saisine de la justice, sous peine d'engager sa responsabilité¹. Lorsque les parents ne sont pas requérants, c'est le juge lui-même qui procède à leur information et à leur audition, pour porter à leur connaissance les raisons ayant conduit à sa saisine². Cette information facilite la recherche de l'adhésion parentale par le magistrat³, en amorçant un dialogue nécessaire à la compréhension de l'objectif recherché.

447. Cette quête de l'adhésion des familles par le juge figurait déjà dans l'ordonnance du 23 décembre 1958⁴. L'assistance éducative tout comme l'Aide Sociale à l'Enfance ne peuvent s'envisager sans le parent, car il s'agit de « méthodes nécessitant d'intervenir aux côtés des personnes et non comme des interventions excluant ces dernières »⁵. Même imposée au parent, l'assistance éducative à une vocation pédagogique qui cherche à faire évoluer la situation familiale et le positionnement des parents. Si « l'enfant et son intérêt [...] constituent bien sûr l'objectif central de la procédure d'assistance éducative [...] les mesures que le juge peut prononcer s'adressent d'abord à ses parents, assistés dans leur mission éducative »⁶. Ce magistrat doit s'efforcer de convaincre les titulaires de l'autorité parentale de la réalité de leurs difficultés et de la nécessité d'une intervention extérieure dans l'intérêt de leur enfant. La procédure d'assistance éducative offre aux parents des garanties procédurales facilitant la compréhension des enjeux, ce qui conduit à favoriser l'obtention de leur adhésion dans le cadre d'un débat contradictoire. Pour faciliter cette compréhension, le décret du 15 mars 2002⁷ a renforcé l'aspect contradictoire de la procédure en autorisant la consultation⁸ du dossier d'assistance éducative⁹ dans la culture d'une « justice négociée »¹⁰. « En assistance éducative plus qu'ailleurs c'est une façon indirecte d'inviter les intéressés, souvent défaillants sans l'avoir voulu, à se mobiliser pour assurer leur défense et

¹ CAA Nantes, 5 juillet 2012, n° 11NT00456, NP.

² Art. 1182 et 1189 CPC.

³ Art. 375-1 C. civ. ; J.-F. Eschylle, M. Huyette, *op. cit.*, n° 4

⁴ Ordonnance du 23 décembre 1958, n° 58-1301, relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger, JO 24 décembre 1958, p. 11770 ; anc. art. 378-1 C. civ.

⁵ A. Kimmel-Alcover, *op. cit.*

⁶ M. Allaix, « L'évolution de la notion de défense en assistance éducative », *JDJ* n° 210, décembre 2001.

⁷ Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le nouveau Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative, JO 17 mars 2002, p. 4860, texte n° 13 et sa circulaire du 26 avril 2002, Circ. JUS. F 0250055C. ; et le décret n° 2008-1486 du 30 décembre 2008, relatif au placement des mineurs et à la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial, JO 31 décembre 2008, p. 20635.

⁸ Il s'agit d'une consultation, celle-ci se fait sur place au greffe du tribunal pour enfant. Les modalités de consultation diffèrent si les parents disposent ou non de l'assistance d'un avocat. L'avocat pourra consulter le dossier et d'en obtenir une copie qu'il ne pourra transmettre à ses clients. En l'absence d'avocat, aucune copie ne peut être délivrée et certaines pièces peuvent être retirées du dossier consultable par décision motivée du magistrat lorsqu'elle représente un risque pour l'enfant ou les tiers.

⁹ Sur la consultation du dossier par les parents : A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, n° 223 ; S. Bernigaud, « Dispositif judiciaire de protection de l'enfance en danger : l'assistance éducative », in *Dr. fam.*, *op. cit.*, n° 242. 141 ; C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n° 519 s. ; M. Huyette, « Le contradictoire et la procédure d'assistance éducative », *D.* 2001, p. 1803 ; sur la compatibilité de la consultation du dossier d'assistance éducative avec la CEDH : Cass., civ. 1^{ère}, 2 novembre 1994, n° 93-05078, *Bull. civ.* I, n° 314, *Deffrénois* 1995, p. 1027, obs. J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 1995, n° 94-05075, *D.* 1996, p. 513, note Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, n° 98-05044, *JCP* 1999, I, p. 160, obs. T. Fossier, *Dr. fam.* 1999, comm. p. 135, note P. Murat.

¹⁰ « La culture judiciaire de l'assistance éducative n'est pas une culture de confrontation, mais une culture de justice négociée [...] Il n'y a pas de combat dans cette affaire délicate et souvent douloureuse de l'assistance éducative, mais un souci de trouver ensemble, parfois dans la confrontation, titulaires de l'autorité parentale et autorité judiciaire, la solution propre à assurer la protection de l'enfant » : J.-P. Deschamps (dir.), « Le contradictoire et la communication des dossiers en assistance éducative », rapport au Garde des sceaux, janvier 2001, *La doc. fr.*, p. 6 ; ONED, Neuvième rapport au Gouvernement et au Parlement, *op. cit.*, p. 23 ; C. Amiel, A. Garapon, « Justice imposée et justice négociée dans le Droit français de l'enfance », *Rev. Actes*, n° 56, automne 1986, p. 18 ; P. Milburn, « De la négociation dans la justice imposée », *Négociation*, 2004/1, n° 1, pp. 27 à 38 ; A. Bruel, « La recherche de l'adhésion », *JDJ*, 2012/8, n° 318, pp. 32 à 38.

par ricochet à se mobiliser pour redresser une situation personnelle et familiale chaotique. »¹ Ce caractère « négocié » ne tient pas d'un principe absolu, car « le mineur ne peut pas attendre pour être protégé que ses parents, devenus conscients de leur faiblesse, aient accepté l'aide éducative qui leur est proposée »². C'est la raison pour laquelle, la loi ne met à la charge du juge qu'une obligation de moyens et non de résultat³. Lorsque le danger est juridiquement caractérisé, le parent ne peut, par son refus, faire échec à la restauration d'une protection dont la continuité est d'ordre public. L'adhésion est définie comme un « acte unilatéral par lequel une personne se rallie à une situation juridique déjà établie en devenant le plus souvent membre d'un groupe préexistant ou partie à un accord dont elle n'était pas signataire »⁴. Si l'adhésion favorise l'assistance éducative, cette protection peut se dispenser de tout assentiment. En l'absence d'incidence juridique sur la décision finale, la volonté exprimée par les parents ne revêt qu'une faible valeur juridique qui est assimilable à celle de l'avis⁵.

448. L'avis est utilisé pour permettre l'implication d'une personne dans un processus décisionnel qui le concerne, mais dont il n'a pas la maîtrise. La minorité du parent n'est pas problématique, car sa volonté, au même titre que celle exprimée par le service ou l'enfant lui-même, ne fait qu'éclairer une décision qui appartient exclusivement au juge des enfants⁶. Contrairement au contentieux des affaires familiales où l'appréciation de l'intérêt de l'enfant se fait dans le cadre des propositions formulées par les parents⁷, le juge des enfants n'est pas tenu aux prétentions des parties. À ce titre, il peut s'en libérer en imposant sa vision de l'intérêt de l'enfant que ce soit aux services, aux parents ou à l'enfant lui-même⁸. L'association des familles et la recherche de leur adhésion ne sont que les premiers pas amorcés dans le sens des parents. La mesure d'assistance éducative ne requiert pas la volonté des père et mère pour exister contrairement à l'aide éducative qui ne peut s'en dispenser. Son efficacité repose pour partie sur leur implication comme sur celle de l'enfant, car « sans un minimum de coopération de la famille, il est très difficile, sinon impossible de mener un travail de fond constructif »⁹. Cet aspect pédagogique à destination de la famille permet dans l'hypothèse de parents-mineurs d'écarter les éventuelles critiques faisant état de leur immaturité réelle ou supposée. L'assistance éducative vise à les accompagner dans leur rôle. Les parents-mineurs seront donc associés, comme tout autre parent, à la protection de leur enfant.

¹ J. Massip, note sous Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 1995, *D.* 1996, p. 513.

² J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. - Assistance éducative. - Modalité, effets », *op. cit.*, n° 5.

³ *Ibid.* ; F. Capelier, « La protection de l'enfant, avec ou contre sa famille ? La recherche d'un équilibre entre familialisme et individualisme en droit français », *op. cit.*, p. 36.

⁴ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « adhésion » (sens gén.).

⁵ Sur la notion juridique d'avis : v. *infra* nos 751 s.

⁶ Sur la place de l'enfant dans la procédure d'assistance éducative v. *infra* nos 451 s.

⁷ Art. 4 et 5 CPC.

⁸ « Le juge peut imposer sa solution, s'il n'arrive pas à trouver une mesure conforme à ce qu'il estime être l'intérêt de l'enfant et acceptée par les parents » : G. Raymond, « Assistance éducative », *op. cit.*, n° 100.

⁹ *Ibid.*, p. 23. Pour illustration : CA. Rennes, 16 avril 2013, n° 13-122, n° RG 12/00186.

449. L'un des objectifs revendiqués par la loi du 5 mars 2007¹ était d'améliorer la collaboration entre les services chargés d'exercer la mesure et les parents titulaires de l'autorité parentale. Cette amélioration passe par une meilleure intégration au sein des différents dispositifs de la protection de l'enfance. Cette intégration s'est faite par une réelle prise en compte de leur volonté. Pour cela, le législateur s'est fortement inspiré du régime de protection de l'enfance québécois qui repose essentiellement sur une approche consensuelle², par un régime qualifié de « volontaire ». Ce fonctionnement prévoit la participation de l'enfant et de ses parents à la définition des difficultés familiales ainsi qu'à la recherche des moyens susceptibles de les surmonter³. Ce dialogue aboutit à la réalisation d'un document écrit qui reprend les accords obtenus avec la famille et sert de support aux interventions⁴. Un document similaire a été créé par la loi du 14 mars 2016 et introduit à l'article L. 223-1-1 du Code de l'action sociale et des familles⁵. Pour chaque mineur bénéficiant d'une prestation d'Aide Sociale à l'Enfance, hors aides financières, ou d'une mesure de protection judiciaire, un document unique intitulé « projet pour l'enfant »⁶ doit être établi. Ce document doit en principe accompagner le mineur tout au long de son parcours et détermine la nature et les objectifs des interventions menées en direction des parents et de l'environnement familial. Il est élaboré en concertation avec les titulaires de l'autorité parentale et donne l'orientation générale de la prise en charge de l'enfant. Tous les autres documents conçus dans ce cadre, tels que le document individuel de prise en charge et le contrat d'accueil dans un établissement, s'articulent en principe autour de ce projet qui tient compte des aspirations des parents comme de l'enfant, mais également des tiers intervenant auprès de lui. Le projet pour l'enfant a été conçu pour permettre à l'action éducative d'appréhender les situations familiales les plus complexes et d'adapter ses réponses. Si la restauration de l'autorité parentale ne peut se faire de manière satisfaisante sans l'implication des parents, elle nécessite également l'implication de l'enfant selon sa maturité et son degré de discernement. Pour cette raison, le parent-mineur peut bénéficier d'une action éducative non seulement en tant que parent, mais également en tant que mineur⁷.

¹ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JO* 6 mars 2007, p. 4215, texte n° 7.

² Pour une description du fonctionnement de la Loi de Protection de la Jeunesse (LPJ) adoptée les 19 décembre 1977 au Québec, v. le rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales par une délégation chargée d'étudier la politique familiale et la protection de l'enfance au Québec : rapport d'information du 29 juin 2011, *Sénat*, n° 685.

³ Notamment via la conférence de règlement à l'amiable (art. 85 LPJ).

⁴ Il s'agit du projet d'entente sur les mesures (art. 76.3 et 76.4 LPJ) ; à noter que le juge peut ordonner la participation active de l'enfant et ses parents aux mesures de protection. Pour la législation québécoise, la participation de la famille est en elle-même une mesure susceptible d'être ordonnée par le juge (art. 91 al. 3 LPJ).

⁵ Anc. art. L. 223-1 CASE, modif. : Loi n°2016-297 du 14 mars 2016, relative à la protection de l'enfant, *JO* 15 mars 2016, texte n° 1.

⁶ V. sur ce point : C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n°s 425 s.

⁷ Pour un exemple de cumul : CA Rennes, 22 mars 2013, n° 13-079, n° RG 12/00339. En l'espèce la mère mineure faisait l'objet d'un placement en centre maternel en raison des violences subies de la part du père de son enfant ; ce placement a été tenu en échec du fait de son opposition à sa prise en charge préalable et nécessaire en famille d'accueil avec sa fille. L'instabilité et l'ambivalence de la mère tant dans ses projets personnels qu'à l'égard de son enfant, ont contraint le juge des enfants à confier sa fille à l'Aide Sociale à l'Enfance.

2. *La participation du parent-mineur à l'action éducative en tant que mineur*

450. Tout comme son parent, l'enfant participe à l'action éducative, qu'elle soit de nature administrative ou judiciaire. Cette intégration provient du mouvement général amorcé par la Convention internationale des droits de l'enfant. La recherche de sa volonté est devenue un élément nécessaire pour chaque décision prise dans le cadre de sa protection et chaque procédure judiciaire ou administrative qui le concerne selon sa maturité et son discernement. Si le parent-mineur et son enfant bénéficient du même corpus de texte en raison de leur minorité, la place accordée à leur volonté respective dans l'action éducative ouverte à leur bénéfice sera sensiblement différente, le parent et son enfant étant à un stade différent de maturité. La question du discernement du parent-mineur est rarement problématique, car il s'agit d'un mineur qui assume lui-même une responsabilité parentale qui implique un discernement, alors que son enfant sera écarté tant qu'il ne sera pas apte à exprimer une volonté distincte de celle de son parent. Faute de parvenir à exprimer une volonté propre, l'enfant se heurtera à une incapacité de jouissance. Dans le cas des parents-mineurs, la question de l'association de l'enfant à l'action éducative se posera principalement dans les procédures ouvertes à leur bénéfice et dans une moindre mesure dans celle destinée à leur enfant. À cela s'ajoute le fait que lorsque la protection du parent-mineur est pleinement assurée par leurs parents, ceux-ci sont également amenés à pallier les éventuelles défaillances dans la protection de leur petit-enfant, en tant que grands-parents. Les capacités éducatives des grands-parents peuvent suffire à surmonter le danger auquel le parent-mineur expose son enfant, sans qu'une intervention extérieure ne soit nécessaire. Lorsqu'un danger est caractérisé à l'égard de l'enfant du mineur, il résulte soit du fait que le parent ne dispose pas du soutien familial nécessaire pour surmonter ses difficultés, soit que cette aide ne suffit manifestement plus. La défaillance du parent-mineur peut résulter d'une défaillance dans sa propre protection. Cette interdépendance s'explique par la superposition des autorités parentales combinée à l'obligation de cohabitation qui fait de la résidence habituelle du parent-mineur celle de son enfant. En intervenant sur la protection du parent-mineur, le travail éducatif pourra influencer indirectement sur la protection de son enfant. L'action éducative au bénéfice du parent-mineur appréhendé en tant que mineur présente de plus grands avantages, bien qu'aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce que le parent-mineur et son enfant bénéficient respectivement d'une mesure de protection. En focalisant l'action éducative sur la protection du parent-mineur, les services seront placés au centre des difficultés familiales. Chaque fois qu'une mesure est ouverte au bénéfice du parent-mineur, celui-ci sera appréhendé en tant que mineur, sa volonté ne sera qu'un avis, car il intervient dans le fonctionnement de sa protection¹.

451. Lorsque le parent-mineur ou ses parents acceptent une aide administrative, ils agissent dans le cadre de l'exercice de leur autorité parentale. À ce stade, les règles organisant l'implication de l'enfant

¹ Art. 388-1 C. civ.

dans sa protection et le recueil de sa volonté sont celles encadrant le fonctionnement de l'autorité parentale. C'est donc aux parents qu'incombe la charge de l'associer à la prise de décision, conformément à l'article 371-1 alinéa 4 du Code civil. L'association de l'enfant n'est pas ici un droit qui lui est attribué, mais une modalité de mise en œuvre de sa protection par son parent¹. Lorsque la mesure est sollicitée par ses parents au bénéfice du parent-mineur, celui-ci est appréhendé en tant que mineur. En l'absence d'initiative décisionnelle et faute d'incidence sur l'orientation finale, la volonté exprimée par le parent-mineur se limitera à un avis, car son adhésion ne peut contraindre ses parents à accepter l'aide éducative proposée et son refus ne peut y faire échec. La place accordée à la volonté du parent-mineur dans la procédure d'aide éducative qui s'adresse à lui en tant que mineur se montre moins déterminante que celle qui lui serait accordée en tant que parent, pour un même degré de discernement. La recherche de l'avis de l'enfant, et plus particulièrement de son adhésion à l'aide éducative, n'est pas nécessaire à son fonctionnement. Les divergences exprimées par le mineur dans le cadre de la protection de l'enfance sont appréhendées comme « des supports permettant le travail éducatif entre les parents, l'enfant et les professionnels de la protection de l'enfance en charge de la mesure »². L'implication du mineur n'est ici qu'un outil mis à la disposition de ses protecteurs pour faciliter l'exercice de leur fonction et non un droit reconnu au mineur.

452. En cas de saisine de la justice, l'implication de l'enfant ne se fait plus exclusivement dans le cadre statutaire de la minorité et donc de l'autorité parentale, mais fait également l'objet d'un droit personnel reconnu à l'enfant qui lui permet d'être entendu dans toutes les procédures judiciaires qui le concernent. L'article 388-1 du Code civil dispose que tout mineur capable de discernement peut être entendu par le juge. Cette audition devient de droit dès l'instant où il en fait personnellement la demande³. La procédure d'assistance éducative, par sa nature judiciaire, ne peut y déroger. Cette place accordée à l'enfant est renforcée par le rôle particulier qu'il occupe en matière d'assistance éducative, car il est personnellement partie à la procédure⁴ et dispose à ce titre d'une capacité exceptionnelle d'*ester* en justice distincte de celle de son parent. Il peut non seulement saisir directement le juge des enfants, mais également interjeter appel⁵. En tant que partie, il n'a pas lors de l'instruction à solliciter son audition qui est de droit⁶. L'article 1182 du Code de procédure civile prévoit que le juge des enfants est tenu d'entendre le mineur capable de discernement et de porter à sa connaissance les motifs qui ont

¹ V. *supra* n° 214.

² ANESM, « L'exercice de l'autorité parentale dans le cadre du placement », recommandation de bonnes pratiques professionnelles, *op. cit.*, p. 6.

³ Ex : Cass., civ. 2^{ème}, 14 janvier 1998, n° 96-15327, *JCP* 1999, I, p. 101, obs. Y. Favier.

⁴ Art. 375 C. civ.

⁵ A. Gouttenoire, « La capacité du mineur d'interjeter appel en matière d'assistance éducative », *D.* 1996, p. 420.

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 30 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, p. 391, note J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *D.* 1992, p. 51.

conduit à sa saisine. Seule l'absence de discernement¹, ou l'urgence de la situation familiale² permet au juge d'écarter cette audition préalable. Le parent-mineur présent à la procédure en tant que mineur sera nécessairement entendu par le juge. Cette audition ne se confond pas avec sa participation à l'audience, laquelle demeure facultative³. En dehors d'une demande d'audition émanant directement de l'enfant⁴ et qui s'impose au magistrat⁵, le juge dispose de la possibilité de dispenser le mineur de se présenter ou d'ordonner qu'il se retire pendant tout ou partie de la suite des débats, chaque fois qu'il l'estime nécessaire⁶. L'intérêt n'est pas de priver l'enfant de sa participation, mais d'éviter que l'audience ne devienne en elle-même une source de maltraitance⁷. C'est également la raison pour laquelle la loi prévoit un accès aménagé au dossier éducatif à l'enfant capable de discernement ne pouvant se faire qu'en présence de ses parents ou de son avocat⁸.

453. Le juge a tout intérêt à impliquer l'enfant dans la procédure, parce qu'il doit s'efforcer « de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant »⁹. Le magistrat associe l'enfant à la prise de décision aux côtés de ses parents, pour qu'elle soit comprise de tous et si possible acceptée. Cette acceptation passe par la prise en compte des spécificités familiales, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'une situation impliquant un parent-mineur. Le dialogue instauré avec les membres de la famille au cours de ces entretiens constitue l'amorce d'une éventuelle intervention éducative et augmente parallèlement ses chances de succès¹⁰. En permettant à l'enfant de s'impliquer dans sa protection, l'assistance éducative favorise la réussite de son objectif de protection. Contrairement à l'aide éducative qui se heurte systématiquement au manque d'implication des parents lui enlevant toute efficacité, l'assistance éducative pourra se poursuivre si, de son côté, l'enfant comprend la nécessité de cette protection et adhère à son exercice¹¹. L'adhésion du parent-mineur à la mesure qui lui est destinée peut suffire à la continuité de sa protection et celle de

¹ Le juge ne peut refuser cette audition en se fondant exclusivement sur son âge ou son état : Décret, n° 2002-361, du 15 mars 2002, modifiant le nouveau Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative, *JO* 17 mars 2002, p. 4860, texte n° 13 ; M. Huyette, « La nouvelle procédure d'assistance éducative », *D.* 2002, p. 1433 ; E. Durand, « Brève réflexion d'un juge des enfants sur l'audition de l'enfant en assistance éducative », *AJ. fam.* 2014, p. 27.

² Art. 1184 CPC.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 11 février 1986, *Deffrénois* 1986, p. 728, obs. J. Massip.

⁴ Le juge n'est pas tenu de faire droit à une demande d'audition formulée par les parents de l'enfant faisant état de son souhait d'être entendu : Cass., civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007 : *Bull. civ.* I, n° 286 ; *JCP G* 2008, I, p. 102, n° 6, obs. C. Bideau ; *JCP G* 2008, II, p. 10026, note A. Zelcevic-Duhamel ; *D.* 2007, p. 2541 ; *RTD. civ.* 2008, p. 100, obs. J. Hauser. Il est possible de déduire que l'audition de l'enfant résultant de l'article 388-1 C. civ. est un droit de nature éminemment personnel qui ne peut être exercé par représentation.

⁵ M. Douchy-Oudot, L. Sebag, « Assistance éducative », *op. cit.*, n° 110.

⁶ Art. 1189 al. 1 CPC.

⁷ E. Durand, *op. cit.*

⁸ Art. 1187 al. 3 CPC. En cas d'opposition des parents et lorsque l'enfant ne dispose pas d'un avocat, le juge saisit le bâtonnier d'une demande de désignation d'un avocat pour assister le mineur ou autorise le service éducatif chargé de la mesure à l'accompagner pour cette consultation. Par ailleurs le juge peut, en l'absence d'avocat, exclure tout ou partie des pièces de la consultation lorsque leur consultation ferait courir un danger physique ou moral grave au mineur, à une partie ou à un tiers.

⁹ Art. 375-1 al. 2 C. civ.

¹⁰ J.-F. Eschylle, M. Huyette « Autorité parentale. - Assistance éducative. - Modalité, effets », *op. cit.*, n° 5.

¹¹ Ex. : CA Amiens, 20 mars 2014, n° 13/05910, *Juris-Data* n° 2014-006307.

son enfant, notamment lorsqu'il est nécessaire pour lui de quitter le domicile familial pour un environnement mieux adapté à ses besoins spécifiques¹.

454. Le parent comme son enfant se trouvent en matière d'assistance éducative sur un pied d'égalité. Tous deux sont amenés à prendre part à un processus décisionnel qui les concerne, mais sur lequel ils n'ont que peu de prise, son orientation finale revenant exclusivement au juge des enfants. Lorsque les choix exprimés par l'enfant durant ses auditions ne correspondent pas à l'idée que se fait le juge de son intérêt, il fera prévaloir son intérêt sur sa volonté². Il s'agit donc bien d'un simple avis. La volonté exprimée par l'enfant revêt dans ce cadre une valeur juridique identique à celle de ses parents. L'absence d'adhésion de l'enfant présente un risque lorsqu'elle se cumule avec le refus de ses parents. Le refus exprimé par l'ensemble de la famille constitue la principale limite de l'action éducative, car il remet en cause son existence et son efficacité en dépit de la permanence d'un danger³.

455. Lorsqu'une mesure a été décidée, qu'elle soit de nature administrative ou judiciaire, son exécution replace l'enfant dans un rôle statutaire. Les dispositions du Code de l'action sociale et des familles organisent sa participation comme une modalité d'exercice de sa protection et non comme un droit. La place qui lui est attribuée est similaire à celle qu'il occupe dans le cadre de l'autorité parentale. Si le mineur est associé aux décisions qui le concernent par le service chargé d'exercer la mesure d'aide ou d'assistance éducative, sa volonté ne sera, comme pour l'autorité parentale, qu'une modalité de sa protection permettant que chaque décision prise soit guidée par son intérêt⁴ et non une condition de son exercice. L'article L. 223-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que « le service examine avec le mineur toute décision le concernant et recueille son avis » faisant ainsi écho à l'article 371-1 alinéa 4 du Code civil. Qu'il s'agisse de l'exercice de l'autorité parentale ou de la protection de l'enfance, la volonté du protégé n'est qu'un outil intégré au fonctionnement de sa protection mis à la disposition du protecteur seul décideur. L'enfant ne dispose à ce stade d'aucun recours contre les décisions prises par un service qui l'associe de manière discrétionnaire en fonction de son âge et de sa capacité de compréhension⁵.

456. La loi du 5 mars 2007⁶, a souhaité renforcer la place accordée à la volonté du mineur aux côtés de ses parents, si bien que les familles ne sont plus considérées comme des objets soumis à l'intervention

¹ Que ce soit dans une institution (hôpital, centre maternel...) ou auprès d'un tiers de confiance.

² A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, n° 112, qui cite en exemple : Cass., civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, n° 11-19.377, *D.* 2012. chron. p. 2050, obs. B. Vassallo ; *D.* 2013. Pan. 798, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2012. Pan. 2267, obs. A. Gouttenoire ; *RTD. civ.* 2012, p. 523, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, p. 133, obs. C. Neirinck ; Pour une illustration : CA Rennes, 29 novembre 2013, n° 13-306, n° RG 13/00232.

³ Ex : CA Douai, 10 juin 2014, n° 13/05481, *Juris-Data* n° 2014-015832 ; CA Agen, 3 octobre 2002, n° 02/00997, *Juris-Data* n° 2002-203170. Jurisprudences citées par : J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 31.

⁴ Art. L. 112-4 CASF.

⁵ A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, n° 125.

⁶ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, *op. cit.*

des services, mais comme de véritables « usagers » du service public d'Aide Sociale à l'Enfance¹. L'enfant devient acteur de sa protection aux côtés de son parent. Son implication au fonctionnement de sa protection est formalisée dans le cadre du « projet pour l'enfant »². Ce projet s'appuie sur l'évaluation de la situation familiale tant du point de vue du mineur que de sa famille, sur les aides auxquelles il peut faire appel dans son environnement, sur l'évaluation médicale et psychologique du mineur³, ainsi que sur les observations qu'il a pu faire concernant son développement, sa santé, ses relations avec sa famille et les tiers, sa scolarité ainsi que sa vie sociale⁴. Le recueil de ces informations permet de prendre en considération les spécificités familiales en adaptant la protection aux besoins réels du protégé, notamment lorsqu'il s'agit d'un parent-mineur. Une fois les difficultés identifiées, il doit exposer « les objectifs et la nature des interventions menées en direction de l'enfant, des titulaires de l'autorité parentale et de son environnement »⁵. Il peut être rappelé le rôle attribué à chacun des membres de la famille et leurs obligations réciproques tant à l'égard du parent-mineur que de son enfant. L'action éducative permet dans un premier temps d'identifier les difficultés rencontrées par les parents-mineurs et leurs propres parents pour apporter dans un second temps, une réponse adaptée à leurs capacités éducatives respectives.

457. Bien qu'il soit proposé aux titulaires de l'autorité parentale de signer le projet pour l'enfant, cette même proposition est faite au mineur discernant, ce qui confirme le fait qu'il ne s'agit pas d'un contrat au sens juridique du terme⁶. L'incapacité juridique personnelle du parent-mineur est ici indifférente, car sa nature n'est pas celle d'un acte juridique, mais d'un document administratif pris dans le cadre de l'exécution d'une décision administrative ou judiciaire. Ce document devait initialement s'intituler « contrat d'engagements réciproques », mais cette appellation a été abandonnée à la demande du Conseil d'État « pour ne pas laisser penser qu'il s'agissait d'un document de nature contractuelle »⁷. Cette formalisation des relations entre le service, la famille et l'enfant est transversale à la protection de l'enfance et doit en principe intervenir chaque fois que le mineur bénéficie d'une prestation d'Aide Sociale à l'Enfance, (hors aides financières) ou d'une mesure de protection judiciaire. Même impliqué comme mineur, l'action éducative permet une prise en compte des difficultés du parent-mineur en harmonisant le fonctionnement de la protection dont il est débiteur avec celle dont son enfant est lui-

¹ ONED, Neuvième rapport au Gouvernement et au Parlement, *op. cit.*, p. 17.

² Le mineur « est associé à l'établissement du projet pour l'enfant, selon des modalités adaptées à son âge et à sa maturité » : art. L. 223-1-1 al. 5 CASF. Sur les difficultés de mise en place du projet pour l'enfant : Défenseur des droits, décision du 24 avril 2015, MDE 2015-103 : seulement 29 départements sur les 50 ayant indiqué au Défenseur des droits avoir mis en place les PPE précisent que l'enfant participe à l'élaboration du projet le concernant. Le projet pour l'enfant s'inscrit dans une logique de parcours qui imprègne de plus en plus le domaine de l'aide et l'action sociale : v. F. Capelier, « Besoins fondamentaux, projets personnalisés et logique de parcours : nouveaux paradigmes du droit de l'aide et de l'action sociales ? » *RDSS* 2019, p. 723.

³ Art. D. 223-13 al. 2 CASF.

⁴ Art. D. 223-15 al. 7 CASF.

⁵ *Ibid.* al. 3.

⁶ Art. D. 223-16 CASF.

⁷ V. Péresse, *op. cit.*, p. 95.

même créancier. Elle constitue un moyen d'action privilégié susceptible d'apaiser les tensions familiales et d'accompagner le parent-mineur et ses parents dans leurs fonctions parentales respectives¹.

B- Le caractère temporaire de l'action éducative

458. « Opter pour l'assistance éducative implique que l'on estime pouvoir raisonnablement assurer la protection de l'enfant en changeant le moins possible et le moins longtemps possible les éléments de la situation. »². L'action éducative bien que renouvelable dans le temps, est par nature éphémère afin d'inciter le parent à réinvestir son rôle de protecteur naturel de l'enfant³ (1), la durée de l'ingérence de la société est conditionnée aux progrès réalisés par l'enfant et ses parents, avec une restauration progressive de l'autorité parentale comme seule protection de l'enfant (2).

1. Des mesures éducatives limitée dans le temps

459. L'action éducative constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale, à plus forte raison lorsqu'elle conduit à un éloignement de l'enfant de son milieu⁴. Cette ingérence se justifie à condition de poursuivre un but légitime visant à préserver l'enfant d'un danger dû à l'insuffisance de sa protection. En raison de ce caractère subsidiaire, la protection de l'enfance ne peut excéder la durée de l'autorité qu'elle supplée temporairement. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé dans un arrêt du 24 mars 1988⁵ que les mesures de placement sont par nature éphémères⁶. Au-delà des seules mesures de placement, ce principe régit l'action éducative dans son ensemble, encadrée par des plafonds légaux.

460. Les délais dans lesquels le législateur a enfermé l'action éducative correspondent au temps nécessaire pour mener un travail éducatif au sein de la famille et restaurer le fonctionnement normal de l'autorité parentale. La loi du 6 juin 1984⁷ a imposé aux services de l'Aide Sociale à l'Enfance un délai maximum d'un an au-delà duquel aucune mesure administrative n'a vocation à s'éteindre⁸, y compris lorsqu'il s'agit d'une mesure de placement administratif, autrement désigné sous le nom d'« accueil provisoire »⁹. Les mesures d'urgence sont enfermées dans un délai bien plus court. En cas de danger immédiat ou de suspicion de danger concernant un mineur ayant abandonné le domicile

¹ V. Défenseur des droits, décision du 24 avril 2015, *op. cit.*

² J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 1.

³ « En l'absence de date butoir, peu de parents s'amendent véritablement », v. rapport d'information du 29 juin 2011, *op. cit.*, p. 35.

⁴ V. CEDH, Kutzner c/ Allemagne, 26 février 2002, n° 46544/99, § 58 à 60.

⁵ CEDH, Olsson c/ Suède, 24 mars 1988, n° 10465/83, spéc. § 81.

⁶ A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2019, nos 667 et 668.

⁷ Loi n° 84-422, 6 juin 1984, relative aux droits des familles dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance, et au statut des pupilles de l'État, JO 7 juin 1984, p. 1762.

⁸ Art. L. 223-2 al. 1 CASF.

⁹ Cette notion recouvre : « Les situations d'accueil qui sont réalisées de façon très temporaire avec l'accord des parents (par exemple, en cas d'hospitalisation). Les situations d'accueil qui nécessitent un accompagnement de plus long terme, mais toujours avec l'accord des parents. Les situations d'accueil de jour pour les jeunes en centre de formation. » : source : Le placement des enfants confiés à l'Aide Sociale à l'Enfance, ODPE l'Inistère, août 2011.

familial, le service pourra l'accueillir pour une durée maximale de soixante-douze heures¹. Si à l'issue de ce délai, le retour du mineur dans sa famille demeure impossible, une procédure d'admission à l'Aide Sociale à l'Enfance pourra être envisagée avec l'accord des parents. Faute d'accord, l'administration devra procéder à un signalement judiciaire, pour passer outre ce refus. Une restriction a également été imposée en matière d'assistance éducative par la loi du 6 janvier 1986², selon laquelle le juge des enfants doit fixer la durée des mesures qu'il ordonne sous peine de cassation³. Leur durée maximale est susceptible de différer selon que le juge désigne une personne morale (service, institution) pour l'exercer ou qu'il confie l'enfant à une personne physique. Dans le premier cas de figure, la durée ne pourra excéder deux ans consécutifs⁴, alors que dans la seconde, le juge pourra décider qu'elle se poursuivra « jusqu'à ce qu'il en soit ordonné autrement ». Dans cette situation, la Cour de cassation a estimé que les dispositions de l'article 375 étaient respectées, car l'échéance fixée par le juge coïncide avec la fin naturelle de la mesure : la majorité de l'enfant⁵. L'intérêt d'imposer ces délais est avant tout d'éviter que la situation familiale ne soit perturbée de manière trop durable, en astreignant les acteurs de la protection de l'enfance à une certaine diligence⁶. Ces délais contribuent à l'équilibre entre d'un côté le droit des personnes de vivre une vie familiale normale dénuée de toute ingérence étatique⁷, avec un enfant, si possible, élevé par ses deux parents⁸ et de l'autre la nécessité d'une intervention extérieure pour assurer sa protection⁹.

461. Si le juge fixe de manière discrétionnaire le temps requis dans la limite de deux ans, dans la pratique, la durée ordonnée pour les mesures judiciaires est généralement similaire à celle des mesures administratives à savoir, une année. Cette échéance annuelle, présente l'avantage de donner un temps suffisant pour l'organisation et la mise en place d'un véritable travail éducatif, notamment lorsqu'un travail sur l'adhésion apparaît nécessaire avant tout travail de fond. Il s'agit de laisser un temps suffisant pour que les parents prennent conscience de leurs difficultés et se saisissent de l'accompagnement proposé. Il est observé que plus la durée de l'accompagnement éducatif initialement prévue est importante, plus le risque d'un désinvestissement parental¹⁰ augmente, provoquant à terme son

¹ Art. L. 223-2 al. 5 CASF.

² Loi n° 86-17, 6 janvier 1986, adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé, JO 8 janvier 1986, p. 372, spéc. art. 51.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 18 juin 1991, n° 90-05030, *Juris-Data* n° 1991-001953 ; *Bull. civ.* 1991, I, n° 204 ; *Deffrénois* 1991, p.1254, note J. Massip ; *Gaz. Pal.* 1992, somm. p. 10, note J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 28 janvier 1997, n° 95-05085 ; Cass., civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999, n° 97-05026, *Juris-Data* n° 1999-004430 ; *Dr. fam.* 2000, comm. p. 21, P. Murat ; *Bull. civ.* 1999, I, n° 343 ; *D.* 1999, inf. rap. p. 9 ; Cass., civ. 1^{ère}, 21 novembre 2018, n° 17-31293, *inédit* ; Cass., civ. 1^{ère}, 5 décembre 2018, n° 17-28563, *inédit*.

⁴ Art. 375 al. 3 C. civ.

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 12 janvier 1994, n° 92-05.030, *Juris-Data* n° 1994-000038 ; *Bull. civ.* 1994, I, n° 17 ; *JCP G* 1994, II, p. 22341, comm. S. Bernigaud.

⁶ Bien que cela ne soit pas toujours suffisant comme en témoigne la condamnation de la France par la CEDH en raison de l'absence de prise en charge d'un mineur isolé par les services sociaux en dépit des ordonnances de placement provisoire prise par le juge pour enfant : CEDH, *Khan c/ France*, 28 février 2019, n° 12267/16, spéc. § 92.

⁷ Art. 8 Conv. EDH.

⁸ Art. 18 CIDE.

⁹ Art. 19 CIDE.

¹⁰ M. Douchy-Oudot, L. Sebag, « Assistance éducative », *op. cit.*, n° 71.

inefficacité. *A contrario*, plus les échéances prévues initialement sont brèves, plus le risque de renouvellement augmente, soit que le service n'a pas réussi à réaliser le travail éducatif dans les temps impartis, soit que la famille n'est pas parvenue à faire évoluer son fonctionnement. La loi prévoit qu'un bilan régulier de la situation de l'enfant doit être réalisé par le service. Les échéances des mesures sont autant d'occasions qui permettent aux différents acteurs de la protection de l'enfance de se réunir pour réajuster l'action éducative en fonction des besoins en termes de protection de l'enfant et d'accompagnement familial. L'article L. 223-5 alinéa 3 du Code de l'action sociale et des familles impose que le service élabore au moins une fois par an (généralement un mois avant la date anniversaire de la mesure), ou tous les six mois pour les enfants âgés de moins de deux ans¹, un rapport réalisé après une évaluation pluridisciplinaire, sur la situation de tout enfant accueilli ou faisant l'objet d'une mesure éducative. Ce document doit comporter des éléments factuels portant aussi bien sur la santé physique et psychique de l'enfant, que sur son développement, sa scolarité, sa vie sociale et ses relations avec sa famille et les tiers intervenant dans sa vie, qui vont permettre de vérifier la bonne mise en œuvre du projet pour l'enfant². Lorsque la mesure est d'origine judiciaire, ce rapport est également transmis au juge des enfants chargé de veiller à son déroulement selon la même périodicité³ en l'absence de disposition contraire prévue dans le cadre de la décision d'assistance éducative.

462. L'annualité de la mesure fait coïncider son échéance avec la restitution du rapport permettant de réaliser le bilan de son exercice et favorisant une meilleure appréhension du fonctionnement familial par l'administration ou le magistrat. Lorsque le juge fixe une durée, il prévoit également le délai pour le dépôt du rapport, généralement au plus tard un mois avant l'échéance de la mesure⁴. L'intérêt est de permettre sa consultation par les parties avant l'audience en révision, il sert de base de discussion et motive pour partie la décision du juge des enfants. La date de remise du rapport envisagée par le juge n'est qu'une date butoir. En cas d'incident, le service peut en faire état dans un rapport anticipé qui sera transmis au juge (note ou rapport d'incident) et au besoin demander la tenue d'une audience de révision avant échéance. En cela, les rapports des professionnels sont les principaux moyens permettant à l'administration et la justice de pénétrer la sphère familiale et d'appréhender son fonctionnement⁵. Selon les éléments rapportés sur l'évolution de l'enfant et son environnement familial pendant l'année et les propos exprimés par les parties lors de l'audience, se posera la question de la fin ou de la poursuite de l'action éducative.

¹ Ce délai plus restreint à l'égard des enfants de moins de deux ans a été introduit par la loi n° 2016-297, du 14 mars 2016, *op. cit.*, art. 28.

² Sur le projet pour l'enfant : v. *supra*. nos 450 et 457 s.

³ Art. L. 223-5 al. 3 CAF ; art. 375 al. 5, C. civ. ; art. 1199-1 CPC.

⁴ Pour une illustration des différents délais pouvant être ordonner pour le dépôt du rapport : J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 28.

⁵ *Ibid.*, n° 27 : « ils représentent en quelque sorte les oreilles et les yeux du juge. »

2. La durée effective de l'action éducative

463. Si l'annualité des mesures administratives ne souffre aucune exception¹, que ce soit en matière d'aide éducative à domicile ou de placement administratif, la durée effective de l'aide fournie dépendra de la volonté des parties. L'appréciation du danger résulte d'un consensus entre les parents qui acceptent l'aide et l'administration qui la propose, la mesure étant susceptible de prendre fin d'un commun accord ou unilatéralement, dès l'instant où l'une des parties estime que le danger a disparu. Les parents peuvent à tout moment informer le service de leur refus de poursuivre l'exécution de l'aide, s'ils estiment pouvoir à nouveau assumer seuls la protection de leur enfant. *A contrario*, s'ils considèrent que le danger demeure à l'issue de l'échéance, les parents peuvent en demander la reconduction pour une année supplémentaire, dans la limite de la majorité de l'enfant². En cas d'accord du Conseil départemental, la décision de renouvellement se fera dans les mêmes conditions que la décision d'attribution de l'aide éducative. Tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans, la durée effective de l'aide éducative sera pour partie conditionnée à l'accord des parties qu'à l'aptitude des parents-mineurs ou de leurs parents à assumer pleinement l'obligation de protection mise à leur charge respective. Quand les reconductions successives s'avèrent manifestement insuffisantes, soit que la situation familiale est inchangée, soit que toute aide devient impossible en raison d'un désaccord sur l'évaluation du danger, la fin de l'aide éducative ne signifie pas pour autant celle de l'action éducative qui pourra se poursuivre par la saisine du juge des enfants³.

464. Contrairement aux mesures administratives, il existe une exception à l'échéance légale des deux ans en matière d'assistance éducative. La première exception est une construction prétorienne, permettant au juge de confier l'enfant à une personne physique « jusqu'à qu'il en soit ordonné autrement »⁴. Une seconde exception a été introduite par la loi du 5 mars 2007⁵ concernant les placements exercés par un service ou une institution. Elle s'applique aux situations où la protection de l'enfant au domicile familial semble durablement compromise, dans lesquelles les parents « présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l'état actuel des connaissances »⁶. L'article précise que ces difficultés affectent « durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale »⁷. Cette exception a pour objet de permettre de stabiliser la situation d'un enfant⁸ confronté à des défaillances parentales d'une particulière gravité de nature à nuire durablement à la continuité de sa protection. Même libéré de la durée légale,

¹ Art. L. 223-5 CASF.

² V. *supra* n° 395.

³ Art. L. 226-4 CASF.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 12 janvier 1994, *op. cit.*

⁵ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, *op. cit.*, art. 14.

⁶ Art. 375 al. 4 C. civ.

⁷ Sur les difficultés sémantiques de cet article, et la proposition non retenue de plafonner cette exception à 5 ans v. débats Sénat, 12 févr. 2007, JO 13 févr. 2007, p. 1384.

⁸ L'article 375 al. 4 C. civ. précise qu'il s'agit de « permettre à l'enfant de bénéficier d'une continuité relationnelle, affective et géographique dans son lieu de vie dès lors qu'il est adapté à ses besoins immédiats et à venir. »

le juge demeure tenu d'en fixer le terme, lequel ne pourra jamais dépasser la majorité de l'enfant. Cette exception illustre l'existence d'un lien entre la durée effective de la protection de l'enfance avec l'aptitude des parents à assumer leur rôle de protecteur. Tant que la protection de l'enfant par l'autorité parentale reste insuffisante, l'ingérence de l'action éducative bénéficiera d'une légitimité, quand bien même la restauration de l'autorité parentale serait gravement compromise.

465. Cette exception s'adresse particulièrement aux parents dont l'état de santé chronique affecte durablement leur capacité à protéger l'enfant¹. Elle peut également s'adresser à des parents qui, par leur immaturité, peinent à identifier et à répondre aux besoins de leur enfant. Si l'immaturité n'est pas une spécificité des parents-mineurs, elle peut générer de graves difficultés dans la protection de l'enfant. Ces difficultés pourront être surmontées par l'acquisition d'une plus grande maturité. L'immaturité peut requérir un temps plus long que la durée légale de deux ans pour se résorber. Un auteur estime que ce placement fait partie d'une « "autre" assistance éducative »², où l'espoir d'un rétablissement de l'autorité parentale, comme seule protection de l'enfant à court terme, ne semble pas permis, face à l'enlisement d'une situation familiale et un enfant qui évolue favorablement dans son lieu d'accueil. Cette mesure conduit *in fine* à pérenniser une ingérence en principe temporaire ou à envisager une solution plus durable en dehors du cadre de l'assistance éducative³.

466. Même si dans cette circonstance, l'éventualité d'un retour à un fonctionnement familial normal semble durablement compromise, le législateur a souhaité préserver l'équilibre entre d'une part l'ingérence étatique et d'autre part les droits reconnus aux membres de la famille. L'article 375 alinéa 5 prévoit qu'un rapport est transmis au juge des enfants tous les ans et tous les six mois lorsqu'il s'agit d'un enfant âgé de moins de deux ans⁴. Le décret du 30 décembre 2008⁵ précise que dans ce cas, une audience de révision doit avoir lieu tous les trois ans⁶ pour faire le point sur la situation familiale et maintenir le dialogue entre les différents acteurs. Quelle que soit la durée ordonnée, celle-ci ne représente qu'une échéance au-delà de laquelle l'action éducative s'éteindra en l'absence de décision contraire. La particularité de la procédure d'assistance éducative est sa flexibilité⁷, le juge des enfants n'est pas dessaisi une fois sa décision rendue. Ce principe est repris à l'article 375-6 du Code civil qui dispose que « les décisions prises en matière d'assistance éducative peuvent être, à tout moment, modifiées ou rapportées par le juge qui les a rendues ». La compétence judiciaire est ici liée à l'existence

¹ Sans toutefois rentrer dans les critères légaux de l'article 373 C. civ.

² J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 21.

³ V. art. L. 227-2-1 CASF créé par la loi du 14 mars 2016 et *infra* § 2 La protection de l'enfant sans son parent-mineur, nos 547 s.

⁴ Débats Sénat, 12 févr. 2007, *JO* 13 févr. 2007, p. 1384.

⁵ Décret n° 2008-1486, 30 décembre 2008 relatif au placement des mineurs et à la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial, *JO* 31 décembre 2008, p. 20635, texte n° 96.

⁶ Art.1200-1 al. 2 CPC.

⁷ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 29.

du danger de sorte qu'elle ne disparaît qu'avec lui¹. Ce danger est une notion dont l'intensité évolue dans le temps en fonction des progrès réalisés par les parents et ceux de leur enfant avec le soutien du service. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé concernant le placement d'un enfant qu'« il fallait considérer ladite décision comme une mesure temporaire, à suspendre dès que les circonstances s'y [prêtent], et tout acte d'exécution aurait dû concorder avec un but ultime : unir à nouveau la famille [...] »². Il revient donc à la protection de l'enfance de s'adapter à l'évolution familiale par une réponse proportionnée aux besoins de l'enfant en termes de protection, comme au besoin d'accompagnement des parents. La révision de la décision ne se limite pas à son échéance, mais peut également intervenir en cours d'exercice, soit d'office, soit à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Le caractère provisoire propre aux mesures éducatives offre la souplesse nécessaire pour s'adapter rapidement aux évolutions de l'environnement familial et préserver l'équilibre entre protection de l'enfant et accompagnement du parent. Bien qu'il n'y soit pas explicitement fait référence dans les textes, la jurisprudence conditionne la révision de la décision à la survenance d'un fait nouveau, marquant l'évolution du contexte familial³. Lorsqu'elle intervient, la révision se fait dans les mêmes formes procédurales que la décision elle-même, permettant au juge d'entendre de nouveau les parties et de tenter d'obtenir leur adhésion. La nature éphémère des mesures éducatives est inhérente à son objectif. En favorisant la restauration de l'autorité parentale comme seule protection de l'enfant, l'action éducative contribue à hâter son échéance. Paradoxalement, la protection de l'enfant travaille à sa propre fin en contribuant à l'autonomie du parent dans sa fonction. Si elle peut aider le parent-mineur dans ses relations avec ses parents et son enfant, elle n'a pas vocation à se pérenniser ni à résoudre toutes les difficultés résultant de la superposition des autorités, seulement celles générant un danger pour le parent-mineur et son enfant.

467. La durée effective de l'action éducative est conditionnée par l'aptitude des parents à surmonter les difficultés qu'ils rencontrent, dans la limite de la minorité de l'enfant protégé. Lorsque l'échéance d'une mesure coïncide avec la majorité de l'enfant, elle marque autant l'échec des parents, que celui de la protection de l'enfance. Si les premiers ne sont pas parvenus à surmonter leurs difficultés, la seconde a échoué à les accompagner dans ce processus. Cette observation peut être tempérée dans le cas du parent-mineur, car si l'accompagnement de ses parents prend fin une fois qu'il devient majeur, la poursuite du travail éducatif demeure possible concernant son enfant qui, lui, est encore mineur. Chaque prise de décision dans le cadre de la protection de l'enfance s'inscrit dans un ensemble destiné

¹ « La procédure d'assistance éducative ayant pour objet la protection de l'enfance en danger, elle ne prend fin qu'à la disparition de la situation de danger, et, ces décisions ne clôturent pas davantage l'instance. » : M. Douchy-Oudot, L. Sebag, « Assistance éducative », in *J.-Cl proc. civ.*, fasc. 1400-20, n° 157.

² CEDH, Olsson c/ Suède, 24 mars 1988, n° 10465/83, § 81.

³ Ex : CA Limoge, 12 septembre 2014, n° RG 14/00025 : « Attendu qu'il résulte de ce qui précède que si la situation de danger a diminué en intensité, elle n'a pas disparu, qu'il s'ensuit que la durée du placement devra être réduite pour tenir compte de cet élément et permettre une nouvelle évaluation de la situation, le jugement déféré étant infirmé partiellement en ce sens ».

à assurer la continuité de la protection due à l'enfant, par un accompagnement du parent en fonction de ses difficultés. L'action éducative permet de répondre efficacement aux difficultés rencontrées non seulement dans l'autorité parentale dont le parent-mineur dépend jusqu'à sa majorité, mais également celle qu'il est amené à exercer sur son enfant. Que ce soit de manière directe ou indirecte, la continuité de la protection du parent-mineur et de son enfant sera assurée via un accompagnement adapté aux difficultés rencontrées par leurs parents respectifs.

Conclusion du Chapitre I

468. La première protection offerte à l'enfant est celle liée à son statut de mineur, assurée en premier lieu par ses parents par l'exercice de l'autorité parentale. Si la protection de l'autorité parentale est prépondérante, elle n'est plus exclusive, car le respect des droits accordés aux parents sur leur enfant est conditionné à l'exécution de leurs obligations qui en sont la contrepartie. La vulnérabilité de l'enfant et sa dépendance à la protection assurée par ses parents, impliquent de pallier les éventuelles difficultés rencontrées par le parent-mineur dans sa fonction, en tenant compte de l'interdépendance existant entre sa protection et celle de son enfant. Ainsi, les défaillances dans la protection de l'enfant peuvent être la conséquence de défaillances dans celle de son parent-mineur, ses parents n'étant pas en mesure d'assumer eux même leur fonction. Le parent-mineur comme ses parents ne peuvent donc ignorer les obligations mises à leur charge. Dans le cas contraire, ils s'exposent à une intervention de la protection de l'enfance dans le fonctionnement familial.

Cette protection a un caractère subsidiaire et supplétif. L'État n'intervient dans l'intimité des familles que s'il juge l'intérêt de l'enfant mal préservé par ses parents. Cette protection est conditionnée à un principe de nécessité reposant sur la démonstration d'une défaillance de la fonction parentale qui traduit une certaine vulnérabilité du parent dans sa fonction. Qu'il soit ou non mineurs, cette vulnérabilité peut être compensée par l'action sociale des services départementaux de la protection de l'enfance. Cette action poursuit un double objectif : la restauration de la protection du mineur en suppléant le parent sans se substituer à lui et la restauration de l'exercice normal de l'autorité parentale qui conditionne l'effectivité de la protection découlant de la minorité.

Ces actions peuvent être préventives, par une protection socio-administrative destinée à lutter en amont contre la précarisation des familles, avec pour mission de détecter et prévenir les difficultés des parents dans l'exercice de leur fonction, et le cas échéant, de proposer un suivi adapté à leurs besoins ainsi qu'à ceux de leur enfant. Bien qu'elles ne soient pas spécifiquement adressées au parent-mineur, il pourra en bénéficier chaque fois qu'il ne parvient plus à assurer sa fonction par les seuls moyens dont il dispose ou que l'aide de ses parents est insuffisante. Cet aspect préventif favorise l'identification des parents-mineurs et ce, dès la grossesse, par un suivi et une prise en charge adaptée à leurs besoins susceptible de se poursuivre par des mesures pouvant être qualifiées de « curatives ».

Celles-ci sont prises à l'issue d'une évaluation de la situation familiale par décision administrative sous réserve de l'accord des parents, ou, à défaut, par décision de justice. La première situation recouvre les aides éducatives qui reposent sur un consensus entre l'administration et les parents. Cet accord porte non seulement sur les difficultés qu'ils rencontrent dans leurs fonctions mais également sur les moyens

susceptibles d'y remédier. La seconde situation concerne les mesures d'assistance éducative, qui en raison de leur nature judiciaire s'imposent aux parents, car leur enfant ne peut demeurer sans protection. Ces deux aspects confèrent à la protection de l'enfance un caractère progressif, permettant d'adapter la réponse éducative aux besoins réels d'accompagnement du parent-mineur ou de ses parents, ainsi qu'au besoin de protection de leur enfant respectif. L'aide comme l'assistance éducative n'ont pas vocation à se substituer à l'autorité parentale, mais à l'étayer le temps nécessaire pour que les parents retrouvent leur autonomie dans leur fonction. L'aide comme l'assistance éducative cessent avec la restauration de l'autorité parentale et la disparition du danger. Pour favoriser cette restauration, le parent-mineur est pleinement intégré à la protection de l'enfance et bénéficie d'un rôle actif, soit en tant que parent afin de l'accompagner dans sa fonction, soit en tant que mineur pour le préserver des carences constatées dans sa protection, son incapacité n'étant pas dans ce cadre un obstacle.

Chapitre II : De l'accompagnement du parent-mineur à sa substitution

469. « [...] On oublie parfois qu'elle [l'assistance éducative] n'a pas pour objet de pallier une carence parentale, mais de protéger l'enfant en assistant les détenteurs de l'exercice de l'autorité parentale, lesquels conservent à cet effet la totalité de leurs droits »¹. La protection de l'enfance ne cherche pas à se substituer au parent-mineur ou à son parent, mais de pallier leur vulnérabilité dans leur fonction². Elle ne fait que les accompagner le temps nécessaire pour restaurer leur autonomie dans l'exercice de l'autorité parentale sur leur enfant respectif, en s'assurant, dans cet intervalle, de l'efficacité de la protection qu'ils sont en droit d'attendre. Les efforts déployés par la protection de l'enfance par l'ingérence dans la vie familiale, ne sont réalisés que dans ces deux objectifs. La protection de l'enfance contribue donc à sa propre disparition une fois l'autonomie parentale restaurée. Chaque situation familiale étant différente et chaque parent rencontrant des difficultés qui lui sont propres, la protection offerte par l'action éducative se doit d'être proportionnée. Ce n'est ni aux parents-mineurs, ni à leurs parents de s'adapter à la protection de l'enfance, c'est à elle de répondre de manière adaptée à leur situation pour apporter une réponse proportionnée à leurs besoins et à ceux de leur enfant (**Section I**). Cet accompagnement ne s'envisage que dans le respect des droits et obligations nés de la filiation en préservant autant que possible l'autorité parentale du parent-mineur comme celle de son parent (**Section II**).

¹ Y. Favier, « Le droit et la protection de l'enfance », *Informations sociales*, vol. 140, n° 4, 2007, pp. 18-27.

² V. Cour de cassation, rapport annuel, 2009 : « sont des personnes vulnérables celles qui ne sont, de fait, pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés ».

Section I : La proportionnalité de la réponse éducative à la vulnérabilité du parent

470. Le danger est une notion cadre susceptible de varier dans son intensité. La protection de l'enfance « implique la prise en compte des difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives et la mise en œuvre d'actions de soutien adaptées en assurant, le cas échéant, une prise en charge partielle ou totale de l'enfant »¹. Le départ de l'enfant du domicile familial représente le point de bascule entre l'objectif d'accompagnement des familles et l'impératif de protection du mineur. L'action éducative doit être proportionnée au but poursuivi et limiter son impact sur la sphère familiale. La légitimité de l'ingérence de l'État est conditionnée à sa nécessité, ce qui implique sa proportionnalité au but légitime recherché². La législation fait du maintien du mineur dans sa famille le principe³ et privilégie autant que possible les mesures d'accompagnement à destination du parent au bénéfice de son enfant. Le maintien du parent-mineur au domicile de son parent avec son enfant doit être privilégié autant que possible par une mesure d'accompagnement (§ 1), avant de préconiser son éventuel placement, et le cas échéant celui de son enfant. Le placement doit se limiter aux situations les plus graves où il est démontré que la protection de l'enfant ou de son parent-mineur ne peut plus être assurée de manière satisfaisante au domicile de leurs parents respectifs (§ 2).

§ 1 : Le maintien du mineur dans sa famille par l'accompagnement de ses parents

471. Le maintien de l'enfant au domicile familial suppose de mettre fin au danger auquel il est exposé. Il convient d'accompagner les parents afin qu'ils parviennent progressivement à surmonter leurs difficultés. L'aide comme l'assistance se font aux côtés du parent et ne se substituent pas à lui pour que cette situation ne se reproduise plus à l'avenir. La loi prévoit un premier ensemble de mesures composé dans son volet judiciaire de l'assistance éducative en milieu ouvert (AEMO) et de son pendant administratif de l'aide éducative à domicile (AED)⁴. Ces mesures ont vocation à accompagner le parent dans sa fonction éducative, l'intérêt étant non seulement de surmonter le danger, mais également d'éviter qu'il ne se reproduise à l'avenir (A). Parallèlement, lorsque la famille rencontre des difficultés

¹ Art. L. 112-3 CASF.

² Art. 8 Conv. EDH. Cour EDH, Gnahoré c/ France, 19 septembre 2000, n° 40031/98, § 60 ; B. De Lamy, « Mesures d'assistance éducative et droit au respect de la vie familiale », *Dr. fam.*, décembre 2000, comm. p. 150.

³ Art. 375-2 C. civ. et L. 112-3 CASF.

⁴ À ne pas confondre avec les « prestations d'aide éducatives à domicile » administratives de l'article L. 222-2 CASF qui comprennent l'aide éducative à domicile, sans s'y limiter, car certaines de ces prestations s'adressent aux femmes enceintes, aux mineurs émancipés ainsi qu'aux jeunes majeurs jusqu'à 21 ans.

budgétaires, le parent peut bénéficier d'un accompagnement dans sa gestion lorsqu'elle nuit au bon développement de l'enfant (B).

A- L'accompagnement du parent dans sa fonction éducative

472. Confronté à un parent-mineur, qu'il s'agisse d'une aide éducative à domicile ou d'une mesure contraignante d'assistance éducative en milieu ouvert, ces mesures misent sur la faculté du parent à se ressaisir, en réinvestissant sa fonction parentale. Ce réinvestissement implique que le parent prenne une part active dans l'exercice de la mesure destinée à restaurer son autorité, par un travail éducatif (1). Si le parent continue de bénéficier d'une confiance *a priori* dans son action, elle n'en demeure pas moins ébranlée¹. En cas de judiciarisation de la procédure éducative, l'exercice de l'autorité parentale sera placé sous la surveillance du juge des enfants. Les mesures judiciaires d'assistance éducative en milieu ouvert permettent de contrôler et d'encadrer l'action parentale (2).

1. L'accompagnement dans la fonction parentale

473. Qu'elles soient d'origine administrative ou judiciaire, les mesures d'accompagnement éducatif permettent de maintenir l'enfant dans sa famille par l'intervention régulière de travailleurs sociaux chargés d'apporter « aide et assistance à la famille pour surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre »². Ces mesures se composent de visites impératives dans les lieux de vie de l'enfant, en sa présence, dont l'objectif premier est de mobiliser les ressources de la famille et celles de son environnement³, pour surmonter par leurs propres moyens le danger auquel les parents exposent l'enfant⁴. À ces visites s'ajoutent des entretiens éducatifs destinés à assurer une régularité dans les rencontres et maintenir le dialogue avec les parents. Ce dispositif met en place un travail éducatif visant à obtenir une modification du fonctionnement familial de l'intérieur même de la famille, modification qui ne peut se faire sans une association étroite du parent et de l'enfant⁵. Il n'est pas question de se substituer aux parents, mais de mobiliser leurs ressources pour leur permettre de développer progressivement leurs aptitudes parentales. Le caractère « éducatif » de cette mesure semble moins destiné à l'enfant qu'à ses parents qui vont être guidés dans l'exercice de leur autorité parentale. L'adhésion de la famille est ici essentielle, car il s'agit d'étayer leurs aptitudes de manière pédagogique.

¹ A. Kimmel-Alcover, « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance », *RDSS* 2013, p. 132.

² Art. 375-2 C. civ.

³ L. 112-3 C.A.S.F.

⁴ M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, préf. F. Terré, éd. Panthéon Assas, 2003, pp. 139 s. ; C. Delaporte-Carré, *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2008, nos 145 à 149, pp. 96-97.

⁵ V. *supra* nos 443 s. (parents) et nos 451 s. (enfant) ; A. Kimmel-Alcover, *op. cit.*

474. Dans son rapport thématique d'octobre 2009, la Cour des comptes décrivait les mesures d'assistance éducative en milieu ouvert comme « une forme de soutien épisodique dont le contenu et l'efficacité sont difficiles à cerner »¹. Cette remarque a conduit l'ONED, dans son huitième rapport annuel², à dresser un premier bilan de ces mesures, avec pour objectif d'analyser les interventions réalisées au domicile familial, qu'elles soient d'origine judiciaire ou administrative. Ces mesures s'inscrivent dans le respect de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme où le maintien de l'enfant auprès de ses parents représente « un élément fondamental de la vie familiale »³, qu'il convient de préserver autant que possible. Le retrait de l'enfant est subsidiaire à son maintien aux côtés de son parent. Ce principe est repris respectivement aux articles 375-2 du Code civil et L. 112-3 du Code de l'Action sociale et des familles, le mineur devant être maintenu chaque fois qu'il est possible dans « son milieu actuel »⁴. Pour maintenir l'enfant auprès de son parent-mineur et le parent-mineur auprès de son parent, il est nécessaire de surmonter les difficultés personnelles, sociales et le cas échéant l'incapacité parentale qui nuisent à l'exercice normal de leur autorité parentale respective. Pour ce faire, la personne ou le service chargé d'intervenir est tenu de suivre le développement de l'enfant et d'en rendre compte périodiquement⁵. L'accompagnement du parent-mineur peut suffire pour compenser l'inexpérience dont il fait preuve dans sa charge, sans qu'il soit nécessaire de confier l'enfant à un tiers majeur, la majorité n'étant pas une garantie de compétence parentale. L'accompagnement éducatif ne se limite pas aux parents et cherche à mobiliser les membres de la famille autour de la prise en charge de l'enfant ainsi que de l'accompagnement de ses parents.

475. L'environnement de l'enfant est entendu dans sa conception la plus large possible afin que tout soit mis en œuvre pour assurer la continuité de sa protection et le retour à l'exercice normal de l'autorité parentale⁶ en restaurant l'autonomie du parent dans sa fonction. Que l'accompagnement soit destiné à l'enfant ou à son parent-mineur, le service sera amené à agir sur l'ensemble de la famille, car les dysfonctionnements peuvent se produire à plusieurs niveaux. Pour s'en convaincre, il suffit d'imaginer une situation où le parent-mineur peine à s'impliquer auprès de son enfant, car ses parents se substituent

¹ Cour des comptes, *La protection de l'enfance*, rapport public thématique, octobre 2009, *La doc. fr.*, p. 70.

² ONED, Huitième rapport au gouvernement et au parlement, mai 2013, *La doc. fr.*

³ CEDH, W. B et R. c/ Royaume-Uni, 8 juillet 1987, série A, n° 121 : § 59, § 60 et § 64 ; CEDH, Olsson c/ Suède (n° 1), 24 mars 1988, série A, n° 130, § 59 ; CEDH, Erikson c/ Suède, 22 juin 1989, série A, n° 156, p. 24, § 58 ; CEDH, Margarita et Roger Andersson c/ Suède, 20 févr. 1992, série A, n° 226-A, § 72 ; CEDH, Keegan c/ Irlande, 26 mai 1994, série A, n° 290, § 50 ; CEDH, Mc Michael c/ Royaume-Uni, 24 févr. 1995, série A, n° 307-A, § 86 ; CEDH, Johansen c/ Norvège, 7 août 1996, *Recueil* 1996, III, pp.1001-1002, § 52 ; CEDH, Bronda c/ Italie, 9 juin 1998, *Recueil* 1998, IV, p. 1489, § 51 ; CEDH, Buscemi c/ Italie, 16 sept. 1999, § 53.

⁴ « Le milieu actuel au sens de l'article 375-2 du Code civil est, en principe, le milieu naturel de l'enfant » à savoir le domicile de ses parents : Cass., civ. 1^{ère}, 10 févr. 1998, n° 97-05042, *Juris-Data* n° 1998-000737 ; Cass., civ. 1^{ère}, 23 janvier 1985, n° 84-80001, *Juris-Data* n° 1985-700373 ; *Bull. civ.* 1985, I, n° 35 ; Cass., civ. 1^{ère}, 6 janvier 1981, n° 79-80032 ; Cass., civ. 1^{ère}, 17 novembre 1981, n° 81-80006 et 81-80011, *Bull. civ.* 1981, I, n° 336 ; Cass., civ. 1^{ère}, 4 juillet 1978, n° 77-80015, *Juris-Data* n° 1978-000249 ; *JCP G* 1978, IV, p. 282 ; *Bull. civ.* 1978, I, n° 249. V. sur la notion : J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, nos 16 et 17.

⁵ V. *supra* nos 462 et 463.

⁶ M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, mis à jour 15 septembre 2015, pp. 150-153 : consultable à l'adresse : <http://www.huyette.net/2014/04/guide-de-la-protection-judiciaire-de-l-enfant-en-telechargement-libre.html> [consulté le 1^{er} octobre 2019].

systématiquement à lui, poussé par des grands-parents qui estiment que l'éducation d'un enfant ne peut être assumée par un mineur. Ou encore une situation familiale conflictuelle, où des parents utilisent l'autorité qu'ils détiennent sur le parent-mineur pour exclure l'autre parent, car ils l'estiment responsable de la situation familiale actuelle. Dans cette situation, le service comme le juge saisi de la situation sont tenus de tenir compte de la famille dans sa globalité, ce qui peut les conduire à envisager l'évolution du statut du parent-mineur et à évoquer son émancipation, ou temporiser en fixant le terme de la mesure à sa majorité. Le bénéficiaire de l'accompagnement n'est donc ni l'enfant seul, ni les parents seuls, mais bien l'enfant en vue de sa protection, ce qui requiert une intervention auprès des parents, mais également auprès de l'enfant lui-même, en tenant compte des difficultés de la famille dans son ensemble¹. Si le danger n'existe qu'en raison des carences dans l'exercice de l'autorité parentale, ses origines peuvent être multiples avec des causes intrinsèques et extrinsèques à l'environnement familial, traduisant l'absence d'autonomie du parent dans sa fonction. En pratique, le suivi éducatif tend à se focaliser sur l'accompagnement du parent dans sa fonction parentale au risque d'en limiter l'impact sur l'enfant lui-même².

476. L'accompagnement éducatif au bénéfice du parent-mineur ou de son enfant peut suffire pour apaiser la situation familiale par un étayage des capacités éducatives de chaque parent. Les réserves évoquées sur le manque d'expérience ou l'immaturation réelle ou supposée des parents-mineurs sont fortement tempérées à la lumière des mécanismes d'accompagnement prévus par la protection de l'enfance. La régularité des interventions des travailleurs sociaux auprès de la famille s'adapte en fonction de la gravité des difficultés éducatives du parents qui nuisent à son autonomie. La fréquence des visites et des rencontres peut augmenter en donnant à la mesure un caractère renforcé³. Au-delà de leurs missions d'aide et de conseil aux familles, les intervenants sont chargés d'observer le développement de l'enfant dans son milieu familial et l'évolution des compétences parentales. L'intérêt ici est de permettre un éventuel ajustement de la réponse éducative et si besoin un allègement du dispositif compte tenu de l'évolution favorable de l'enfant ou, dans le cas contraire une aggravation de la mesure. Le suivi éducatif offert dans le cadre de l'AED comme de l'AEMO s'adresse principalement aux parents « ayant surtout manqué d'expérience et de savoir-faire »⁴. Cette première catégorie de mesures offre une réponse susceptible de pallier les difficultés rencontrées par les parents-mineurs dans l'exercice autonome de leur fonction, qu'elles résultent de leur minorité ou de leur statut de parent.

¹ ONED, Huitième rapport, *op. cit.*, p. 25.

² *Ibid.* ; P. Robin, « Le point de vue des jeunes. Mesures de protection de l'enfance », *Les cahiers dynamiques*, 2010, n° 46, pp. 43-51.

³ Ex : CA Rennes, 5 juillet 2013, n° 12/00282, *inédit* ; CA Rennes 12 Juillet 2013, n° 13/00069, *inédit* ; CA Rennes, 27 septembre 2013, n° 12/00368, *inédit*.

⁴ ONED, Huitième rapport, *op. cit.*, p. 11.

2. Le contrôle et l'encadrement de la fonction parentale par le juge

477. Les mesures d'accompagnement administratives et judiciaires présentent une forte similitude, toutes deux ayant vocation à fournir aide et assistance aux familles pour surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elles rencontrent. L'AEMO se distingue de l'AED, car elle ne se limite pas à une simple observation de l'évolution de l'enfant, mais permet également le contrôle et l'encadrement de l'exercice de l'autorité parentale, cette différence étant due à son caractère judiciaire. Il convient de rappeler que la procédure d'assistance éducative est dérogatoire du droit commun, disposant d'un caractère d'ordre public au vu de son objectif : la restauration de la continuité de la protection de l'enfant par l'autorité parentale. Toutes les décisions prises dans ce cadre s'imposent aux personnes présentes à la procédure, qu'il s'agisse du parent, de l'enfant ou du tiers chargé de son exécution (personne physique, service ou institution).

478. Si les parents bénéficient encore de la confiance de la société dans leurs aptitudes à se mobiliser dans l'intérêt de leur enfant, cette confiance n'en demeure pas moins altérée compte tenu du danger auquel l'enfant est exposé. En raison du principe de subsidiarité souhaité par la loi du 5 mars 2007, l'ouverture d'une procédure judiciaire souligne l'inefficacité des mesures administratives qui sont non contraignantes. Bien que l'assistance éducative n'ait pas pour objet de remettre en question l'exercice de l'autorité parentale par les parents¹, elle offre un droit de regard aux personnes chargées de la mesure et au magistrat qui l'a ordonnée, « sous couvert d'aide et de conseil, c'est un véritable contrôle de la fonction parentale qui s'instaure »². De cette surveillance et de ce contrôle vont transparaître des objectifs fixés par le juge dans sa décision. La Cour des comptes faisait observer dans son rapport de 2009 que les autorités à l'origine des mesures ne fixaient pas d'objectifs suffisamment clairs aux services chargés de leur mise en œuvre³. Si l'article 375-2 du Code civil prévoit les grandes orientations des AEMO, il revient au juge d'en préciser les contours afin d'adapter la réponse éducative aux difficultés rencontrées par chaque famille. La protection de l'enfance permet de tenir compte des spécificités de la situation familiale et d'adapter sa réponse aux besoins réels de l'enfant en matière de protection.

479. Ces objectifs sont variés. Concernant les parents, il peut être question de restaurer le dialogue nécessaire à l'exercice en commun de l'autorité parentale, faire tiers dans les relations intrafamiliales⁴, aider les parents à modifier leurs méthodes éducatives, les inciter à s'investir auprès de leur enfant et les soutenir dans leurs tentatives pour assumer seuls sa prise en charge quotidienne⁵, l'aider à identifier ses besoins et y répondre de manière adaptée, ou encore veiller au respect de la place de chaque membre

¹ V. *infra* nos 350 s.

² A. Kimmel-Alcover, *op. cit.*

³ Cour des comptes, La protection de l'enfance, *op. cit.*, pp. 71-72.

⁴ Ex : CA Rennes, 15 novembre 2013, n° RG 13/00002, *inédit*.

⁵ V. sur ce point : J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 39 et les références jurisprudentielles associées.

de la famille¹. Ce dernier objectif est intéressant, car il intervient généralement dans les situations familiales où le rôle de chacun de ses membres n'est pas clairement défini. Il s'agit particulièrement des familles où l'un des enfants est amené à endosser la fonction parentale, en assurant la prise en charge et l'éducation des autres membres de sa fratrie compte tenu des difficultés rencontrées par ses parents. Cet objectif peut également se montrer pertinent face à des parents ou des grands-parents intrusifs qui s'immiscent de manière abusive dans la décision du parent-mineur et exerce sur lui une emprise qui le conduit à placer son enfant dans une situation de danger ; ou encore dans le cas d'un parent-mineur dont le rôle parental serait contesté par ses parents qui se substituent à lui sans qu'il y ait une réelle nécessité. À l'inverse, l'intérêt peut être d'inciter le parent-mineur à accepter l'aide de ses parents pour améliorer la prise en charge de son enfant et tenir leur place de grands-parents.

480. Les objectifs dans le cadre des mesures éducatives s'adressent spécifiquement au mineur au bénéfice duquel la procédure a été ouverte. Le juge peut demander au service de lui offrir l'espace d'écoute et de parole dont il ne dispose pas auprès de ses parents, de veiller à sa bonne évolution, ou encore de l'accompagner et de l'aider dans l'acquisition de son autonomie. Ce dernier objectif revêt une certaine pertinence dans le cas des mineurs proches de leur majorité ou qui expriment le souhait d'une plus grande indépendance pour la gestion de leur quotidien. Cet objectif s'envisage dans le cadre d'une mesure ouverte au bénéfice d'un parent-mineur, pour le préparer au mieux à gérer son quotidien et celui de son enfant. Tôt ou tard, le parent-mineur sera majeur et quittera le domicile familial pour fonder son propre foyer. La mesure éducative peut l'y aider lorsque ses parents peinent ou refusent de le faire. Les objectifs fixés par le juge dans le corps de sa décision varient autant que les situations familiales et le danger qui les caractérise. La motivation de la décision judiciaire offre la possibilité d'individualiser l'accompagnement et son intérêt ne se limite pas à la compréhension du raisonnement juridique par le justiciable. Elle sert de base au travail éducatif qui sera mené avec la famille. Elle permet de mettre en lumière les difficultés que les parents devront surmonter s'ils souhaitent être libérés du contrôle judiciaire ou du moins éviter son aggravation². Les obligations mises à sa charge sont autant de jalons le guidant dans cette voie. Le parent reste libre dans les décisions et les actions qu'il réalise dans le cadre de l'exercice de son autorité parentale.

481. L'article 375-2 du Code civil prévoit que « le juge peut aussi subordonner le maintien de l'enfant dans son milieu à des obligations particulières ». Contrairement à l'AED qui s'inscrit dans un strict respect de l'autorité parentale, l'AEMO judiciaire permet d'influer directement sur les décisions et le comportement des parents. L'assistance éducative assure une fonction régulatrice de l'autorité parentale.

¹ Cet objectif est généralement utilisé dans les situations familiales où le rôle de chacun de ses membres n'est pas clairement défini. C'est notamment le cas lorsqu'un enfant est amené à compenser spontanément les défaillances de son parent dans sa fonction à l'égard des autres membres de sa fratrie. Il peut s'agir également de grands-parents intrusifs qui s'immiscent de manière abusive dans la décision du parent. Cet objectif peut parfaitement s'envisager dans l'hypothèse d'un parent-mineur et justifier la mise en place d'une mesure d'aide ou d'accompagnement en fonction de l'accord de la famille.

² M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, *op. cit.*, pp. 117 et 150.

Il n'est plus seulement question d'accompagner ou de contrôler la façon dont les parents exercent leurs droits sur l'enfant, mais également de l'encadrer. Le juge des enfants « a le pouvoir de rendre obligatoires des comportements qui relèvent normalement des libertés individuelles »¹ et imposer aux parents comme à l'enfant des obligations à titre principal ou comme accessoires d'une mesure d'assistance éducative². La loi en donne quelques illustrations, « telles que fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, le cas échéant sous régime de l'internat ou d'exercer une activité professionnelle »³. Cette liste n'est pas limitative et le juge dispose d'une grande marge de manœuvre afin d'individualiser la mesure d'accompagnement aux difficultés des parents et aux besoins de l'enfant. Il peut s'agir d'obligations de faire ou de ne pas faire. Les obligations de faire au bénéfice de l'enfant visent principalement à surmonter l'inertie des parents qui ne parviennent pas à identifier ses besoins ou à y répondre de manière adaptée. Elles sont généralement utilisées pour veiller à la protection de la santé du mineur⁴ ou de son éducation. Par exemple, il peut s'agir dans le cas d'une mesure ouverte au bénéfice d'une mère mineure, de demander à ce que ses parents s'assurent du suivi et de la prise en charge de leur fille pendant et après sa grossesse, ou encore de veiller à ce qu'elle puisse poursuivre une scolarité normale en dépit de la naissance de son enfant. Ces obligations peuvent également s'adresser au parent seul, indépendamment de son enfant. Lorsque le parent souffre d'une forte addiction, le juge peut lui imposer de se soumettre à une cure de sevrage ou de désintoxication auprès d'un établissement spécialisé⁵. Le juge peut imposer au parent de se soumettre à un suivi médical dès lors que sa pathologie impacte ses capacités éducatives⁶. Il peut conditionner le maintien de l'enfant au domicile de l'un des parents sous réserve qu'il saisisse le juge aux affaires familiales pour organiser l'exercice de l'autorité parentale⁷ et éventuellement envisager l'émancipation de l'enfant. Ces obligations peuvent être de ne pas faire, telle l'injonction donnée à l'un des parents de ne plus fréquenter un compagnon violent, ou de ne plus se rendre avec l'enfant dans certains lieux. La loi a également donné la possibilité au juge des enfants d'ordonner l'interdiction de sortie du territoire de l'enfant⁸.

482. Ces obligations cherchent à provoquer une prise de conscience de la part des parents en insistant sur la nécessité de faire évoluer leur comportement pour que cesse le danger. Elles mettent en lumière les moyens que le juge estime nécessaires pour y parvenir et représentent un levier important afin d'améliorer la protection des parents-mineurs et celle de leur enfant, qu'il s'agisse de surmonter l'inertie ou de tempérer les comportements de leurs parents respectifs. Ces obligations constituent

¹ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 67.

² P. Robert, « Une autre assistance éducative », *RTD. civ.* 1972, p. 26, spéc. n° 53.

³ Art. 375-2 C. civ.

⁴ CA Limoge, 27 octobre 2014, n° RG 14/00036, *inédit*.

⁵ CA Limoge, 07 avril 2014, n° RG 14/00113, *inédit* ; CA Limoge, 17 novembre 2014, n° RG 14/00052, *inédit* ; (obligations prises dans le cadre d'une mesure de placement) ; CA Limoge, 28 octobre 2013, n° RG 13/00062, *inédit*.

⁶ CA Rennes 22 mars 2013, n° RG 12/00152, *inédit*.

⁷ CA Limoge, 17 mai 2016, n° RG 15/00148, *inédit*.

⁸ Art. 375-7 al. 7 C. civ. ; compétence également reconnue au juge aux affaires familiales à l'article 373-2-6 C. civ., contrairement au juge des enfants cette interdiction ne peut être envisagée par le JAF qu'à la demande de l'un des parents de l'enfant.

autant de jalons qui permettent de guider les choix et les actions des parents dans l'exercice de leur autorité parentale¹. L'inexpérience parentale se voit compensée par l'accompagnement et l'encadrement de la fonction parentale opérés par la protection de l'enfance. Compte tenu des circonstances, les parents ne sont plus les seules personnes légitimes pour apprécier l'intérêt de l'enfant. Le juge les concurrence sans pour autant qu'il puisse exercer directement l'autorité parentale².

B- L'accompagnement du parent dans la gestion du budget familial

483. Les problèmes éducatifs des familles peuvent, dans certains cas, s'expliquer par des difficultés économiques. Faute de moyens, les parents n'offrent pas les conditions d'existence nécessaires à l'épanouissement de leur enfant. Ils peuvent bénéficier dans ces circonstances, d'un soutien sous la forme de prestations financières à destination de la famille³. Lorsqu'en dépit de ces aides, les parents ne sont toujours pas en capacité d'assurer la subsistance de leur enfant, c'est que ces difficultés proviennent de leur gestion du budget familial. Une mesure sera envisagée afin d'accompagner les parents pour assainir la situation financière de la famille et privilégier les besoins de leur enfant (1). Dans la situation des parents-mineurs, il conviendra d'identifier préalablement qui de lui ou de son parent bénéficiera de cette mesure (2).

1. L'organisation de l'accompagnement budgétaire de la famille

484. L'insuffisance des ressources financières constitue une source de vulnérabilité. Faute de revenus suffisants⁴, le parent ne peut subvenir à ses besoins ni à ceux de ses enfants. Lorsque la famille se voit contrainte d'affecter l'intégralité de ses ressources au paiement de ses charges, la société lui vient en aide par l'intervention de l'aide sociale. L'article L. 116-1 du Code de l'action sociale et des familles dispose que « l'action sociale et médico-sociale tend à promouvoir, [...] l'autonomie et la protection des personnes, la cohésion sociale [...] à prévenir les exclusions et à en corriger les effets. » Les prestations financières s'inscrivent dans la lutte contre l'exclusion des familles les plus vulnérables⁵. Les parents-mineurs et leur enfant font partie de ces familles vulnérables fortement exposées au risque de précarité. Au Royaume-Uni, ils sont considérés comme un « fardeau social »⁶, des familles qui dépendront durablement des aides et du soutien accordés par l'État-providence. La question du coût des parents-mineurs se pose moins en France, car les enfants ne sont pris en charge que de manière

¹ Pour un regard critique sur l'efficacité réelle de ces obligations : M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, op. cit., pp. 154-155.

² Pour un tempérament : v. la question de l'IVG de mineures avant la reconnaissance de leur autonomie : *supra* n° 64. Pour l'articulation de l'autorité parentale avec les mesures de protection : v. *infra* n° 521 s.

³ Art. L. 212-1 CASF, L. 511-1 CSS et L. 222-3 CAS pour les aides d'urgence.

⁴ J.-M. Belorgey, « Prestations sociales, revenus et patrimoine », *RDSS* 2007, p. 860.

⁵ Art. L. 116-1 CASF : « Elle repose sur une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, en particulier [...] des personnes et des familles vulnérables, en situation de précarité ou de pauvreté [...] ».

⁶ A. Daguerre, « Les grossesses adolescentes en France et en Grande-Bretagne. Un phénomène dérangeant pour les pouvoirs publics », *Informations sociales*, 2010/1 (n° 157), pp. 96-102.

subsidaire par la collectivité. Le parent, même en difficulté, reste le premier débiteur de son enfant¹. L'inquiétude première lorsqu'il s'agit de parents-mineurs n'est pas tant l'ampleur du phénomène que ses répercussions en termes d'exclusion sociale². L'existence de ces mineurs devenus parents est parfois mise en lien avec une volonté présumée de leur part d'obtenir une émancipation financière par le biais des prestations sociales destinées à faciliter la prise en charge de l'enfant³ ou du Revenu de Solidarité Active (RSA) destiné aux parents isolés⁴. Loin de se vérifier, cette explication occulte volontairement le fait que ces aides financières ne sont pas neutres. Leur attribution permet à la société d'exercer un droit de regard sur la gestion et l'utilisation par le parent des sommes qui lui sont accordées. Ces sommes attribuées dans le cadre de l'aide sociale sont affectées à des besoins déterminés afin d'alléger la pression financière sur la famille⁵. Il s'agit généralement des besoins primaires de l'enfant et de sa famille⁶. Ces fonds ne peuvent être utilisés dans un objectif autre que celui auquel ils sont en principe destinés. Dans le cas contraire, le parent s'expose à une remise en question de sa gestion du budget familial dans son ensemble. Les considérations économiques ne sont pas étrangères à la protection de l'enfance, à plus forte raison lorsqu'elles sont liées aux carences éducatives des parents⁷.

485. Avant la réforme du 5 mars 2007⁸, les interventions administratives sur la gestion du budget familial se déroulaient exclusivement dans le cadre du travail social de secteur réalisé par les conseillères en économie sociale et familiale⁹. Ces interventions étaient destinées aux familles dont les membres subsistaient grâce aux minimums sociaux ou dans les situations où les familles devaient faire face à leur surendettement. Il a été observé que cette aide à la gestion du budget, même si elle n'était pas directement liée à la protection de l'enfance, produisait un effet positif dans la prévention des situations de danger, en permettant aux familles de ne pas aggraver leur précarisation économique¹⁰. La loi du 5 mars 2007 a intégré les mesures d'accompagnement en économie sociale et familiale parmi les mesures d'aide à domicile susceptibles d'être proposées aux familles¹¹. Cette intégration des conseillères en économie sociale et familiale dans la protection administrative de l'enfance a pour objet de renforcer le caractère subsidiaire de la protection judiciaire, tout en permettant aux parents qui le souhaitent de bénéficier d'une aide en matière de gestion. Avant l'intégration de ces mesures, l'aide accordée aux

¹ *Ibid.*

² A. Daguerre, C. Nativel, *Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, Dossiers d'études de la CNAF, n° 53, février 2004.

³ *Ibid.* p. 14 : « Une interprétation simpliste largement diffusée par les médias consiste à mettre en avant le caractère rationnel et instrumental de la maternité chez les adolescentes. Selon cette analyse, ces adolescentes feraient des enfants dans le but d'obtenir des allocations familiales, et tout particulièrement un logement social. »

⁴ L. 262-4 CASF ; la loi n° 2008-1249, 1^{er} décembre 2008, généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, JO 3 décembre 2008.

⁵ T. Fossier, M. Bauer, « L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance ? », *RDSS* 1994, p. 657.

⁶ C. Delaporte-Carré, *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, *op. cit.*, pp. 113-121.

⁷ S. Bernigaud, « Action sociale en faveur de l'enfance », in *Dr. Fam.*, Dalloz action, P. Murat (dir.), 2016, n° 242. 191.

⁸ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, JO 6 mars 2007, p. 4215.

⁹ V. A. Lardeux, rapport n° 393, sur le projet de loi sur la protection de l'enfance, *Sénat*, p. 70 ; v. également : T. Fossier, M. Bauer, « L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance », *RDSS* 1994, p. 657.

¹⁰ V. Pécresse, rapport n° 3256, sur le projet de loi sur la protection de l'enfance, 25 janvier 2006, *Assemblée nationale*, p. 27.

¹¹ Art. L.222-3 CASF.

familles n'intervenait que dans le cadre judiciaire prévu par la loi du 18 octobre 1966¹ par les tutelles aux prestations sociales². Lorsque les enfants ouvrant droit aux prestations familiales étaient élevés dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses ou lorsque les prestations n'étaient pas utilisées dans leur intérêt, le juge des enfants pouvait ordonner que ces prestations soient, en tout ou partie, versées à une personne physique ou morale qualifiée, désignée en tant que « tuteur aux prestations sociales »³. Il n'était pas question d'une tutelle au sens du droit des incapacités, car elle ne s'applique pas à une personne ou à une famille, mais à des prestations sociales. Elle ne venait pas pallier une incapacité juridique, le tuteur aux prestations familiales ne représentant pas juridiquement les parents ou l'enfant.

486. Cette mesure n'a pas disparu avec la réforme du 5 mars 2007. La loi n'a fait que l'actualiser pour qu'elle s'intègre à la nouvelle organisation de la protection de l'enfance. Pour en finir avec la confusion entretenue avec la tutelle aux personnes, elle a été renommée « mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial »⁴ et intègre le Code civil aux articles 375-9-1 et suivants. Ce transfert a été réalisé pour « redonner à la tutelle aux prestations familiales sa vocation, souvent perdue de vue, d'outil de protection de l'enfance. »⁵ Pour que le juge puisse l'ordonner, il faut toujours que les prestations familiales ou le revenu de solidarité active destiné aux personnes isolées⁶ ne soient pas employés pour les besoins liés au logement, à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants. Depuis la loi du 5 mars 2007, une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial ne peut être ordonnée qu'à condition que l'accompagnement en économie sociale et familiale ne suffise pas pour remédier aux difficultés parentales. Contrairement au domaine éducatif, la subsidiarité de l'intervention judiciaire est ici soumise à un contrôle strict de la Cour de cassation⁷. Les mesures judiciaires se limitent aux situations les plus graves ou à celles qui se heurtent au refus des parents.

¹ Loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 relative à la tutelle aux prestations sociales, *JO* 19 octobre 1966, p. 9219.

² F. Marinace, E. Maingueneau, « La tutelle aux prestations sociales pour enfants : la problématique des CAF face à la pauvreté des familles », *Recherches et Prévisions*, n° 67-2002, pp. 87-88 ; F. Noël, « La mesure de tutelle aux prestations sociales. Une relation sous mandat judiciaire », *Vie sociale*, vol. 1, n° 1, 2006, pp. 73-82 ; T. Fossier, M. Bauer, « L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance ? », *RDSS* 1994, p. 657.

³ Anc. art. L. 552-6 CSS.

⁴ Il est regrettable que le législateur n'ait pas veillé à maintenir une cohérence entre les appellations de différentes mesures éducatives et budgétaires selon leur origine administrative ou judiciaire. Les mesures éducatives administratives sont dénommées « aides », alors que les mesures budgétaires sont qualifiées d'« accompagnements », au risque de porter à confusion avec les mesures éducatives d'origine judiciaire qui sont désignées comme une « assistance » et les mesures budgétaires qui sont qualifiées d'« aides ». Ce manque d'harmonie dans les appellations contribue à l'apparente complexité de la protection de l'enfance et nuit à sa bonne compréhension. Pour y remédier, il suffirait de qualifier toute mesure administrative d'« aide » et toute mesure judiciaire d'« assistance », qu'elle soit éducative ou budgétaire.

⁵ A. Lardeux, rapport n° 393, *op. cit.*, p. 71 ; P. Naves (dir.), *La réforme de la protection de l'enfance*, éd. Dunod, 2007, p. 123 ; J.-P. Rosenczveig, « Une rénovation de la protection de l'enfance au service des enfants », *AJ. fam.* 2007, p. 57.

⁶ L. 262-9 CASF. La mauvaise utilisation par un parent-mineur des sommes attribuées dans le cadre du revenu de solidarité active permet d'envisager l'ouverture d'une mesure éducative budgétaire, que ce soit une mesure administrative d'accompagnement en économie sociale et familiale ou une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial.

⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, n° 09-66.133, *D.* 2010, p. 2517 ; *AJ. fam.* 2011, p. 45, obs. M. Douris ; *RDSS* 2011, p. 169, obs. P. Fabre ; *Dr. fam.* 2010. comm. p. 193, note I. Maria ; *RTD. civ.* 2011, p. 101, note. J. Hauser.

487. En dépit du changement de terminologie opéré en 2007, leur fonctionnement est identique à celui de l'ancienne tutelle. Il est également possible de retrouver l'encadrement des décisions parentales propre aux mesures éducatives judiciaires¹. Les prestations familiales² ou le revenu de solidarité active ne seront plus versés en tout ou partie entre les mains des parents, mais entre celles d'une personne physique ou morale qualifiée³, dite « déléguée aux prestations familiales ». À l'instar du tuteur, le délégué est amené à prendre toutes les décisions concernant l'usage et l'affectation des prestations familiales. Alors que les mesures administratives s'inscrivent dans un strict respect de l'autonomie du parent dans l'exercice de son autorité, les mesures judiciaires encadrent cet exercice et constituent une atteinte aux droits des parents. Les décisions concernant l'affectation des allocations déléguées seront dorénavant prises par la personne chargée de l'exécution de la mesure, qui sera tenue de répondre aux besoins liés à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants au vu des carences économiques des parents-mineurs ou de leurs parents. Bien qu'elle ne vienne pas compenser une incapacité juridique, cette mesure « constitue en fait une incapacité d'exercice pour le parent bénéficiaire, qui ne peut en disposer comme il l'entend, car on craint qu'il ne les détourne de leur finalité »⁴. Il s'agit de veiller à ce que les aides financières destinées à la famille soient affectées en priorité aux besoins primaires de l'enfant et du foyer, à savoir : l'alimentation, la vêtue, l'eau, le gaz, l'électricité et si possible l'apurement du passif familial⁵. En pratique, le service élabore avec la famille et ses créanciers un échéancier, en privilégiant autant que possible l'automatisation des prélèvements. Comme tous les parents, les parents-mineurs qui utiliseraient les sommes allouées à des fins personnelles⁶ ou qui ne parviendraient pas à prioriser les besoins de leur enfant⁷ s'exposent à ce type d'action éducative.

488. En intégrant les mesures judiciaires d'aide à la gestion du budget familial à la protection de l'enfance, la loi du 5 mars 2007 a veillé à ce qu'elles répondent aux mêmes exigences que les mesures « purement » éducatives. Le juge comme l'administration sont tenus d'en fixer la durée, même si la loi n'envisage pas son plafonnement en matière judiciaire⁸. De plus, le service chargé de son exécution doit s'efforcer de recueillir l'adhésion parentale à chaque décision prise concernant les sommes déléguées⁹.

¹ Sur l'encadrement de l'autorité du parent en matière éducative : v. *supra* n°s 478 s.

² Énumérées à l'art. L. 511-1 CSS. Sont concernées : la prestation d'accueil du jeune enfant (PAJE), les allocations familiales, le complément familial, l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé (AEEH), l'allocation de soutien familial (ASF), l'allocation journalière de présence parentale (AJPP), l'allocation de rentrée scolaire (ARS), l'allocation logement et le revenu de solidarité active (RSA).

³ Le juge des enfants désigne généralement l'UDAF (Union Départementale des Associations Familiales) pour exercer la mesure.

⁴ C. Neirinck, « Enfance », in *Rep. civ. Dalloz*, n° 555.

⁵ Ex : CA Limoges, 25 janvier 2016, n° RG 15/00131, *inédit* : « Attendu que les ressources gérées dans le cadre de la mesure sont constituées par les allocations familiales et sont consacrées à la cantine scolaire [...] et aux vêtements et loisirs [...] » ; sur l'apurement du passif : CA Limoges 27 mai 2013, n° RG 13/00040, *inédit* (mainlevée de la mesure, car il n'était pas démontré l'existence de nouvelles dettes contractées par les parents et qu'ils sont parvenus à respecter le plan de surendettement).

⁶ CA Paris, 24 avril 1984, *Juris-Data* n° 1984-023383, cité par J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 62.

⁷ Ex : CA Limoges, 23 octobre 2015, n° RG 15/00041, *inédit*.

⁸ V. sur ce point : J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 60 ; les mesures d'AED ne peuvent excéder un an.

⁹ Sur la question de l'adhésion en matière de protection de l'enfance : v. *supra* n° 448.

Bien que les mesures budgétaires s'inscrivent dans un cadre procédural distinct des procédures « purement » éducatives et reviennent à des services différents, ces similitudes favorisent leur complémentarité. Leur intérêt est également de restaurer l'autonomie du parent dans sa fonction¹. Là où les mesures éducatives cherchent à restaurer l'autonomie des parents dans l'exercice de l'autorité parentale, les mesures budgétaires rétablissent les conditions économiques nécessaires à ce travail par le retour à une gestion autonome des prestations par ces derniers.

489. La protection de l'enfance permet d'illustrer une nouvelle fois les composantes de l'autonomie juridique qui ne peut exister sans, d'une part l'autonomie décisionnelle qui passe par une éducation et une information suffisante et d'autre part une capacité juridique dont l'effectivité demeure conditionnée à l'autonomie financière². En l'absence de l'un de ces éléments, le parent ne peut être autonome et en devient vulnérable dans sa fonction. À ce titre, les mesures éducatives et budgétaires par leur complémentarité, peuvent être amenées à coexister afin d'adapter au mieux la réponse éducative aux spécificités familiales et compenser cette vulnérabilité. Il convient de traiter les difficultés parentales dans leur globalité, car les carences éducatives peuvent résulter des difficultés budgétaires et inversement. Dans la situation des parents-mineurs, il convient d'identifier qui des parents-mineurs ou de leurs parents pourront bénéficier des mesures visant à les accompagner dans la gestion de leur budget familial.

2. La détermination du parent destinataire de l'accompagnement budgétaire

490. En dépit de leurs similitudes, les mesures « purement » éducatives et celles budgétaires présentent des différences puisqu'elles ne correspondent pas à une vision identique du fonctionnement familial. La situation des parents-mineurs met en lumière cette divergence qui est généralement occultée lorsqu'il s'agit de parents majeurs. Les mesures « purement » éducatives collent à la conception civiliste de l'organisation familiale fondée sur la filiation. Les parents concernés par ces mesures sont ceux qui exercent l'autorité parentale en raison de leur lien de filiation. Bien qu'incorporées au corpus des mesures éducatives par la loi du 5 mars 2007, les mesures budgétaires correspondent à une vision différente de l'organisation familiale qui renvoie à celle défendue par le droit social, qui repose sur la notion de « charge » effective de l'enfant. Qu'il s'agisse des mesures d'accompagnement en économie sociale et familiale ou des mesures judiciaires d'aide à la gestion du budget familial, leur existence est conditionnée au versement de prestations financières destinées à faciliter l'entretien de l'enfant. Ces prestations sont versées en fonction du lieu de vie de l'enfant³ et de la personne qui assume sa charge

¹ « L'objectif clairement affiché est de restaurer l'autonomie sociale et financière de la famille afin qu'elle retrouve l'aptitude à protéger l'enfant dans sa santé, sa sécurité, sa moralité, les conditions de son éducation et de son développement physique, affectif, intellectuel et social » : J.-F. Eschylle, M. Huyette, *op. cit.*, n° 54.

² V. supra n° 384.

³ L'article L. 512-1 du CSS énonce que toute personne résidant en France, peut bénéficier pour les enfants dont il a la charge des prestations familiales.

effective et permanente. Là où la protection de l'enfance à s'adresse en priorité aux parents, la situation spécifique des parents-mineurs vient tempérer cette affirmation.

491. L'article R. 513-1 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale prévoit que la qualité d'allocataire des prestations familiales revient à « celui des membres du couple au foyer duquel vit l'enfant ». La résidence de l'enfant est fixée au domicile de ses parents-mineurs qui est également fixé au domicile de leurs parents. Ces parents-mineurs comme leurs parents remplissent la condition d'allocataire tenant au lieu de résidence de l'enfant. Néanmoins, il est nécessaire de déterminer qui assume la charge effective et permanente de l'enfant, est-ce le parent-mineur ou ses parents ? Cette notion de charge effective et permanente est envisagée comme l'exécution des obligations légales nées de la filiation. Si le droit civil désigne les parents en l'absence de décision contraire, le droit social s'attache à la réalité d'une situation familiale en s'émancipant de l'attribution légale de la charge de l'enfant pour rechercher la personne qui l'assume de manière effective. Un tiers ayant recueilli l'enfant à son domicile est considéré comme allocataire, car l'appréciation de la notion de charge se fonde essentiellement sur la prise en compte des situations de fait¹. Lorsque le parent-mineur bénéficie du soutien de son parent dans la prise en charge de son enfant, tous deux sont susceptibles d'endosser la qualité d'allocataire selon le droit social, quand bien même le droit civil fait du parent-mineur le seul débiteur de l'obligation d'entretien et d'éducation de l'enfant. L'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale prévoit qu'un parent ne peut bénéficier pour ses enfants des prestations familiales qu'à condition que ces derniers ne soient pas bénéficiaires, à titre personnel, d'une ou plusieurs prestations familiales, de l'allocation de logement sociale ou de l'aide personnalisée au logement. Cela signifie que le parent-mineur ne peut être allocataire de son enfant, si son parent l'est également le concernant. Les mesures d'accompagnement dans la gestion du budget familial s'adressent moins aux parents qu'aux allocataires des prestations familiales² auxquelles l'enfant ouvre droit. Faute de pouvoir cumuler la qualité d'allocataire et d'ouvrant droit, ces mesures s'adresseront soit aux parents-mineurs soit à ses parents lorsque les difficultés rencontrées dans la gestion du budget familial mettent en péril l'éducation, la santé ou la sécurité des enfants présents au domicile. Peu importe en définitive qu'il s'agisse du parent-mineur ou de son enfant. Si chacun des parents présents au domicile peut potentiellement bénéficier d'un accompagnement éducatif, seul le parent destinataire des allocations familiales sera éligible aux mesures d'accompagnement budgétaire. S'il est vrai qu'il ne peut y avoir qu'un seul allocataire lorsqu'il s'agit des parents du parent-mineur, l'interdépendance de la protection de son enfant avec sa protection se retrouve également dans le fonctionnement de la protection de l'enfance. Le rôle parental du mineur et la protection de son enfant n'interviendront que de manière indirecte dans l'exercice de la mesure. Lorsque le statut d'allocataire est conservé par les parents du parent-mineur, ils assument non seulement la charge effective et

¹ Circulaire CNAF n° 7-99 du 5 février 1999 relative aux prestations familiales et assimilées-notion de charge d'enfant (non publiée au JO).

² Énumérées à l'art. L. 511-1 CSS.

permanente du parent, mais également celle de son enfant. Le délégué sera amené à prendre toutes les décisions concernant l'affectation des allocations au bénéfice du parent-mineur, mais également de son enfant. Il n'est donc pas certain que le parent-mineur puisse bénéficier d'un accompagnement sur la gestion du budget familial, ces mesures étant conditionnées au statut d'allocataire et non à l'exercice de l'autorité parentale. Ce lien montre à quel point l'autonomie budgétaire influe sur la capacité du parent à protéger son enfant en lui offrant les conditions de vie nécessaires à son développement. En l'absence d'autonomie budgétaire, le parent ne peut être autonome dans sa fonction. La lutte contre la précarité des familles a toute sa place dans le dispositif de protection de l'enfance, car il est question de permettre aux parents de retrouver leur autonomie dans l'exercice de l'autorité parentale¹.

492. Ce principe plaide en faveur d'une attribution du statut d'allocataire au profit du parent-mineur² au détriment de son parent. Ce n'est qu'à cette condition que le parent-mineur disposera des ressources économiques minimum pour subvenir de manière autonome aux besoins de son enfant et assumer son obligation d'entretien. Il n'existe que quatre sources susceptibles de fournir des « revenus » permettant au parent-mineur d'assumer son obligation d'entretien en dehors de la solidarité familiale : les allocations familiales et le Revenu de Solidarité Active ³, les donations et successions, la contractualisation d'un prêt et enfin le salaire lié à une activité professionnelle. Parmi ces ressources, seules les prestations sociales et familiales, par leur affectation spécifique échappent à l'administration légale de ses parents. Le statut d'allocataire offre au parent-mineur la possibilité de se familiariser avec la gestion d'un budget familial qu'il sera tôt ou tard amené à gérer. Il peut également constituer un moyen pour le mineur de faire ses preuves comme parent sans qu'il soit nécessaire d'attendre sa majorité. En cas de difficulté, un travail éducatif pourra être envisagé avec le cas échéant, l'intervention d'un délégué afin d'organiser les conditions d'une gestion autonome et pérenne des prestations familiales.

493. Cette confiance permettrait de renforcer le parent-mineur dans sa fonction, tout en favorisant son accompagnement dans sa gestion par la protection de l'enfance. Lorsque le parent-mineur atteint sa majorité, l'autorité de ses parents est amenée à disparaître alors que celle qu'il exerce sur son enfant ne fait que commencer. L'accompagnement budgétaire, bien qu'à destination de ses parents, doit également s'adresser au parent-mineur pour le préparer à sa prochaine majorité, laquelle marque non seulement la fin de l'autorité de ses parents, mais également la disparition de leur statut d'allocataire. La

¹ La précarité ne permet pas de déduire à elle seul l'impossibilité pour les parents d'éduquer leurs enfants, v. CEDH 16 février 2016, n° 72850/14, Soares de Melo c/ Portugal, *Dr. fam.* 2016, comm. p. 123, note Y. Bernand. En l'espèce la Cour a condamné le Portugal pour avoir placé sept des dix enfants d'une mère en situation de précarité en vue de leur adoption, alors que l'indigence matérielle n'est pas un motif légitime pour procéder au placement des enfants dès lors que tout n'a pas été mis en œuvre pour permettre à la mère en difficulté d'assumer ses responsabilités parentales ; v. également : avis de l'assemblée plénière du CNCDH sur le droit au respect de la vie privée et familiale et les placements d'enfants en France, du 27 juin 2013, spéc. n° 10.

² V. *supra* n° 386.

³ Sous réserve qu'il soit isolé : L. 262-4 CASF issu de la loi n° 2008-1249, 1^{ère} décembre 2008, généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, *JO* 3 décembre 2008.

gestion de son budget familial reviendra de manière brutale au parent-mineur¹. Il est donc important qu'il s'investisse le plus tôt possible dans sa fonction. Comme tous parents, le mineur doit être capable d'identifier et de répondre de manière adaptée aux besoins primaires de son enfant. Dans le cas contraire, il s'expose à un nouveau cycle d'action éducative, mais cette fois en tant que parent. Il apparaît d'autant plus vulnérable au sortir de sa minorité, car s'ajoute à sa précarité économique, son éventuelle inexpérience dans la gestion du budget familial. En raison de l'impossibilité pour le parent-mineur de cumuler le statut d'allocataire en tant que parent avec celui d'ouvrant droit en tant que mineur², la souplesse de la protection de l'enfance se heurte à une conception de l'organisation familiale propre au droit social qui renforce l'interdépendance de la protection de l'enfant avec celle de son parent-mineur.

§ 2 : La protection de l'enfant par la séparation de ses parents

494. L'article 375-2 du Code civil prévoit le maintien du mineur dans son milieu naturel autant que possible. Si l'enfant a le droit d'être élevé et éduqué par ses parents³, il a également droit à une protection. Ces deux impératifs peuvent potentiellement entrer en contradiction, particulièrement lorsque le maintien de l'enfant dans son milieu naturel représente un danger. Dans cette circonstance particulière, la loi privilégie la continuité de la protection de l'enfant quitte à l'éloigner de ses parents, le temps pour eux de réinvestir pleinement leurs fonctions (A). Dans cet intervalle, il convient de déterminer l'environnement le plus adapté pour répondre aux besoins de protection et de stabilité du mineur placé, qu'il s'agisse du parent-mineur ou de son enfant (B).

A- Le placement du parent-mineur et de son enfant

495. Les carences des parents dans l'exercice de leur autorité parentale et le danger qui en résulte viennent légitimer l'intervention de la société dans l'intimité des familles. Le départ de l'enfant de son milieu bouleverse fortement l'organisation familiale. La décision de placement doit non seulement être légitimée par le danger, mais également être nécessaire et proportionnée au but poursuivi (1). Pour s'adapter aux spécificités de chaque famille et respecter le principe de proportionnalité de la protection de l'enfance, la loi du 5 mars 2007 a consacré des mesures transitoires expérimentées par les départements, conférant aux placements la gradation qui leur faisait défaut (2).

¹ Sauf le cas où les grands-parents demanderaient à devenir allocataire de leur petit-enfant en démontrant qu'ils assument sa charge effective et permanente en lieu et place du parent.

² Sur cette question v. *supra* n° 162.

³ Art. 7 CIDE ; CEDH, Olsson c/ Suède, 24 mars 1988, n° 10465/83 ; CEDH Gnahoré c/ France, 19 septembre 2000, n° 40031/98, *RD publ.* 2001, p. 682, obs. A. Gouttenoire-Cornut, *RTDH* 2001n b° 48, p. 1065, obs. M. Puechavy ; CEDH Schmidt c/ France, 26 juillet 2007, n° 35109/02.

1. La nécessité du placement de l'enfant et de son parent

496. La décision de confier l'enfant à une personne autre que son parent est l'ultime recours dont dispose la protection de l'enfance pour assurer la continuité de sa protection, lorsque tous les autres moyens se sont montrés insuffisants ou ont échoué¹. L'équilibre entre le respect de la vie familiale et la protection de l'enfant se révèle ici fondamental. Si les parents peuvent se prévaloir du respect de leur vie familiale, ce droit reconnu également à leur enfant, ne saurait les autoriser à prendre des décisions préjudiciables pour sa santé ou son développement². La dualité du statut des parents-mineurs fait que les droits qui leur sont reconnus peuvent potentiellement entrer en contradiction avec ceux de leurs parents, mais également avec ceux de leur enfant. Toute décision de placement sur le parent-mineur entraînera indirectement celui de son enfant du fait de l'interdépendance de leurs protections. Compte tenu de la gravité et de l'impact que cette décision entraîne sur le fonctionnement et l'environnement familial, le placement ne peut se justifier du seul fait que l'enfant serait mieux éduqué ailleurs³. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a rappelé « que le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents biologiques ; pareille ingérence dans le droit des parents, [...] doit encore se révéler nécessaire en raison d'une autre circonstance »⁴. Le placement constitue la plus forte atteinte portée au respect de la vie familiale. À ce titre, il se doit d'être exceptionnel, son recours est conditionné à sa stricte nécessité, à savoir l'impossibilité de maintenir l'enfant au domicile de ses parents, et ce, qu'il s'agisse du parent-mineur ou de son enfant⁵. L'appréciation de cette nécessité varie en fonction de la nature administrative ou judiciaire de la décision de placement.

497. La protection administrative de l'enfance et la protection judiciaire ont évolué en parallèle, si bien que les mesures judiciaires trouvent leurs pendants administratifs. Les mesures administratives sont conditionnées au strict respect de l'autorité parentale et ne peuvent intervenir contre la volonté des parents⁶. L'appréciation du danger et la nécessité du recours au placement font l'objet d'un consensus entre les parents et les services administratifs de la protection de l'enfance⁷. Le parent-mineur peut solliciter l'administration pour confier son enfant s'il estime rencontrer une difficulté dans sa fonction. Cet aspect consensuel trouve un écueil dans le cas où le parent accompagne son enfant. L'article

¹ Pour une critique de cette vision du placement comme ultime recours, v. M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, *op. cit.*, pp. 194 s.

² CEDH Gnahoré c/ France, 19 septembre 2000, *op. cit.*, § 59 ; CEDH Johansen c/ Norvège, 7 août 1996, n° 17383/90, *Recueil* 1996-III, p. 1008, §78 ; CEDH, E.P. c/ Italie, n° 31127/96, § 62, 16 novembre 1999, *non publié*.

³ E. Durand, « Le placement et l'intérêt de l'enfant », in *Le placement des enfants*, D. Attias, L. Khaïat (dir.), éd. Érès, 2014, pp.113-125 ; Cass., civ. 1^{ère}, 28 janvier 1969, *Bull. civ. I*, n° 43, *D.* 1969, p. 296 ; *JCP*, 1969 II, p. 16111, note A. Mayer-Jack ; Cass., civ. 1^{ère}, 17 novembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 336 ; Cass., civ. 1^{ère}, 08 octobre 1986, *Bull. civ. I*, n° 236, *JCP* 1986, IV, p. 321, *Défrenois* 1987, art. 33978, p. 775, n° 40, obs. Massip : arrêts cités par M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, p 272, n° 437, note n° 130.

⁴ CEDH, Walla et Wallová c/ République tchèque, 26 octobre 2006, n° 23848/04, § 71.

⁵ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p.499, n° 786 ; CEDH, Havelka et autre c/ République tchèque, 21 juin 2007, n° 23499/06 ; CEDH, Soares de Melo c/ Portugal, 16 février 2016, *op. cit.*

⁶ V. *infra* n° 552.

⁷ Sur la portée relative du consentement des parents : M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, n° 248, p. 169.

L. 222-5-3 du Code de l'action sociale et des familles prévoit dans son quatrième alinéa la possibilité de prendre en charge les enfants de moins de trois ans accompagnés de leurs deux parents, quand ceux-ci ont besoin d'un soutien éducatif dans l'exercice de leur fonction parentale¹. Cette décision est prise dans le cadre de l'exercice normal de l'autorité parentale. Si le parent-mineur peut accepter une mesure d'AED, ou le placement administratif de son enfant, il n'en va pas de même lorsque la décision provoque également son départ du domicile familial. L'obligation de cohabitation imposée à l'article 371-3 du Code civil fait que les parents-mineurs ne peuvent être prise en charge qu'avec l'autorisation préalable de leurs parents qui renoncent de ce fait à leur droit de garde. À l'inverse, la demande confiant le parent-mineur à l'administration pose problème quand elle émane de ses parents, puisqu'elle conduit également au départ de son enfant, lui-même soumis à l'obligation de cohabitation de l'article 371-3 du Code civil. Le parent-mineur qui n'a pas renoncé à son droit de garde ne peut être confié sans être accompagné de son enfant, sauf à accorder à ses parents une autorité sur leur petit-enfant. Cette situation illustre la difficulté résultant de la superposition de l'autorité du parent sur celle du parent-mineur. Le placement administratif du parent-mineur implique qu'il s'accorde avec son parent sur l'existence d'un danger pour lui ainsi que la nécessité de quitter le domicile familial accompagné de son enfant². La multiplication des consentements augmente en proportion de l'éventualité d'un refus faisant obstacle à toute prise en charge administrative.

498. Le placement administratif comme toute mesure de cette nature, implique une prise de conscience parentale sur l'étendue des difficultés rencontrées dans l'exercice de l'autorité, mais également sur la mesure éducative, ici le départ de l'enfant du domicile familial. En l'absence d'accord, il convient de solliciter un placement judiciaire qui s'imposera tant aux parents qu'à l'administration. Le procureur de la République peut requérir directement le concours de la force publique pour faire exécuter les placements judiciaires en cas d'opposition, et l'État s'expose à une condamnation en cas de non-exécution de la décision³. En dépit de la liberté reconnue aux autorités pour apprécier l'intérêt de prendre en charge l'enfant⁴, cette décision demeure assujettie à l'existence d'un danger au domicile

¹ Cet accueil peut également bénéficier aux femmes enceintes qu'aux mères isolées accompagnées d'un enfant de trois ans : Art. L.222-5 al. 5 CASP. V. sur ce point : le rapport de P. Naves (dir.), « POUR et AVEC les enfants et les adolescents, leurs parents et les professionnels. Contribution à l'amélioration du système français de protection de l'enfance et de l'adolescence », Juin 2003, *La doc.fr* ; sur ce rapport : H. Ouhmida « Les quinze « fiches-actions » du rapport Naves », *JDD*, 2003/7, pp. 42-48.

² Dans le cas d'un couple de parents-mineurs disposant chacun de leurs parents respectifs cela fait un total de sept consentements avec celui de l'administration nécessaires pour organiser la prise en charge administrative du couple avec son enfant dans le cadre de la protection de l'enfance.

³ V. CEDH, *Khan c/ France*, 28 février 2019, n° 12267/16, spéc. § 92 : « La Cour n'est toutefois pas convaincue que les autorités, qui ont omis d'exécuter l'ordonnance du juge des enfants du tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer du 22 février 2016 ordonnant le placement provisoire du requérant, ont fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour répondre à l'obligation de prise en charge et de protection de ce dernier, qui pesait sur l'État défendeur s'agissant d'un mineur isolé étranger en situation irrégulière âgé de douze ans, c'est-à-dire d'un individu relevant de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société ».

⁴ CEDH, *K et T c/ Finlande*, 12 juillet 2001, n° 25702/94, § 155.

familial¹, à l'échec ou à l'inefficacité des autres alternatives. Pour ces raisons, le placement ne peut en aucun cas devenir une réponse durable au besoin d'autonomie du parent-mineur.

499. La nécessité du placement doit être analysé par rapport au but recherché. Il s'agit d'une mesure éducative qui ne se limite pas à la protection de l'enfant, mais qui est également destinée à restaurer l'autorité parentale qui comprend le droit de garde. L'objectif de tout placement est de permettre à terme le retour de l'enfant auprès de ses parents. Il est nécessaire de respecter l'équilibre entre d'une part la protection de l'enfant et d'autre part le droit au respect de la vie familiale et les différentes prérogatives liées à l'autorité parentale². La disparition du danger entraîne également celle de la nécessité du placement, conduisant au retour de l'enfant auprès de ses parents. La protection de l'enfance n'a pas vocation à favoriser l'autonomie du parent-mineur, quand bien même le juge des enfants pourrait éventuellement conditionner la levée du placement à son émancipation³. Elle n'a pas non plus vocation à séparer le parent-mineur de son enfant, car l'État est tenu de l'aider à surmonter ses difficultés dans l'exercice de son autorité parentale et de restaurer à terme son droit de garde. Si l'impératif de protection l'emporte sur l'objectif d'accompagnement des parents, il ne l'efface pas pour autant. La nécessité de la mesure implique également la proportionnalité dans ses modalités, toujours en fonction du but recherché : la restauration de l'autorité parentale dans toutes ses composantes en tant que première protection de l'enfant.

2. La proportionnalité des formes de placement en fonction du but recherché

500. L'histoire de la protection de l'enfance est marquée par un mouvement de balancier, privilégiant dans un premier temps l'impératif de protection et le recours au placement, puis dans un second temps la volonté de préserver les droits parentaux et la vie familiale⁴. Avant 2007, les mesures éducatives n'offraient qu'une seule alternative illustrant cette ambivalence, avec d'un côté les mesures permettant de maintenir l'enfant auprès de ses parents (AEMO, AED) et de l'autre son placement. La première alternative favorise l'accompagnement des parents et préserve au mieux leurs droits, éventuellement au détriment de la protection, alors que la seconde privilégie la protection au détriment de l'accompagnement du parent et de la préservation de ses droits. Ces deux options ne permettaient pas

¹ CEDH, Kutznez c/ Allemagne, 26 février 2002, n° 46544/99

² *Ibid.* : « La marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes variera selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu tels que, d'une part, l'importance qu'il y a à protéger un enfant dans une situation tenue pour mettre sa santé ou son développement sérieusement en péril et, d'autre part, l'objectif de réunir la famille dès que les circonstances le permettront » ; v. également : CEDH, Eriksson c/ Suède du 22 juin 1989, § 71 ; CEDH, Margareta et Roger Andersson c/ Suède, 25 février 1992, § 91 ; CEDH, Olsson c/ Suède (n° 2), 27 novembre 1992, § 90, et Hokkanen c/ Finlande du 23 septembre 1994, § 55 ; CEDH, Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie, 25 janvier 2000, n° 31679/96, § 113.

³ Comme pour les mesures d'AEMO, le juge peut imposer des obligations accessoires aux parents afin de les guider dans l'exercice de leur autorité parentale, même si cela conduit comme dans la situation évoquée à renoncer à leurs droits sur le parent-mineur.

⁴ « Il y a eu un retour de balancier. Pendant de trop nombreuses années, on a séparé les enfants de leur famille, et, en fait, les véritables évolutions datent des années 1980, à la suite du rapport Bianco-Lamy. Par la suite, on a cherché à préserver au maximum les liens entre parents et enfants, mais cela a conduit à laisser des enfants au sein de leur famille, même s'il existe un risque réel de violences physiques, sexuelles ou psychologiques » : propos tenus par P. Naves lors de son audition du 13 avril 2005 par la mission d'information parlementaire, in V. Pécresse, rapport n° 3256, sur le projet de loi sur la protection de l'enfance, *op. cit.*, p. 24.

de répondre de manière adaptée et proportionnée aux difficultés rencontrées sur le terrain par les professionnels en raison de la spécificité de chaque famille. Confrontée à l'inefficacité du placement ou de toute autre mesure, l'intervention judiciaire trouve ici sa limite et n'a d'autre choix que d'ordonner la mainlevée du placement avec la remise de l'enfant à ses parents malgré la persistance du danger¹. Le retrait de l'enfant ne permet pas en soi de traiter les problèmes rencontrés par les parents dans l'exercice de leur autorité parentale, s'il ne s'accompagne pas d'un travail éducatif. Lorsque le mineur est confié à l'Aide Sociale à l'Enfance, l'assistance éducative en milieu ouvert ne peut se poursuivre, car la justice n'a pas vocation à contrôler l'action de l'administration.

501. Une autre limite à l'alternative proposée par la protection de l'enfance est apparue dans des familles qui traversent des périodes de crises régulières dont la gravité justifie l'éloignement de l'enfant, mais pour lesquelles un placement sur le long terme est manifestement disproportionné. Il s'agit d'une situation familiale qui est insuffisamment dégradée pour légitimer une séparation complète de l'enfant avec ses parents, mais trop problématique pour maintenir sa présence permanente². Le cas des parents-mineurs permet d'illustrer ces situations, où un contexte familial apaisé peut subitement basculer à l'annonce d'une grossesse et le souhait de la mener à terme. Des parents jusqu'à présent en capacité d'exercer leur fonction protectrice peuvent se retrouver en opposition avec l'enfant qu'ils sont chargés de protéger. Dans cette situation et en l'absence d'autre alternative, seul le placement en urgence du parent-mineur semble pertinent. Cette solution implique la tenue dans les plus brefs délais d'une audience pour réexaminer la situation familiale. Ce n'est qu'à l'issue de la procédure éducative qu'un placement pourra éventuellement être ordonné. Durant le délai nécessaire à la préparation de l'audience, l'éloignement de l'enfant aidant, les relations familiales tendent à s'apaiser, si bien que le jour de l'audience, le danger ne présente plus une gravité suffisante pour maintenir un placement et l'enfant réintègre le domicile familial. Jusqu'à ce qu'une nouvelle crise survienne nécessitant une nouvelle fois le placement en urgence de l'enfant, entraînant la tenue d'une nouvelle audience et ainsi de suite. Comme toute décision de placement ne peut se faire que dans le cadre d'une nouvelle mesure éducative, le respect de la procédure et du contradictoire s'impose, ce qui risque dans de telles situations d'engorger artificiellement les juridictions. Ces incidents en cours de mesure interviennent le plus fréquemment sur des périodes où parents et enfants sont réunis, les soirées comme les fins de semaine deviennent des moments propices aux conflits, ce sont des intervalles où les services administratifs et judiciaires ne sont pas toujours capables de répondre efficacement à ces problématiques. De plus, lorsqu'il s'agit du placement d'un parent-mineur, se pose également la question de trouver un lieu susceptible de l'accueillir avec son enfant.

¹ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 34, l'auteur illustre son propos avec l'arrêt : CA d'Agen du 3 octobre 2002, n° 02/00997, *Juris-Data* n° 2002-203170.

² V. Péresse, *op. cit.*, p. 24.

502. Une solution judiciaire a été trouvée par la pratique et expérimentée dans certain département¹. Il s'agit du « placement éducatif à domicile » (PEAD) ou « placement externalisé »². Cette mesure s'inscrit dans le cadre des articles 375-3 et 375-7 du Code civil, qui autorise le juge à décider des modalités de l'accueil de l'enfant en considération de son intérêt et à fixer la nature et la fréquence des droits de visite et d'hébergement³. Comme pour le placement « classique » le juge confie l'enfant à une personne autorisée à l'accueillir, mais un droit de visite et d'hébergement quotidien sera accordé aux parents qui conservent dans les faits la résidence malgré le transfert du droit de garde aux services chargés d'exercer la mesure. Le mineur, que ce soit le parent ou son enfant, demeure au domicile familial tout en étant placé, grâce à un aménagement extensif du droit de ses parents de maintenir leurs relations avec lui. L'intérêt est de proposer une solution dont la flexibilité permet un « repli » de du mineur chaque fois que la famille traverse une période de crise, sans requérir l'intervention d'une nouvelle décision ou la tenue d'une nouvelle audience. Si la nécessité de la mesure est appréciée par le juge lorsqu'il décide du placement à domicile, l'appréciation du danger justifiant le départ de l'enfant revient à la famille ou au service. Le contrôle du juge sur les circonstances ayant conduit au retrait de l'enfant ne se fait qu'*a posteriori*, une fois qu'il aura été informé par le service dans une note d'incident ou au plus tard lors du rapport de fin de mesure. Cette solution peut trouver un intérêt tant à l'égard des parents-mineurs que de leurs parents.

503. En effet, ce dispositif préserve la fonction parentale du parent-mineur tout en lui permettant de confier son enfant à un professionnel ou à toute autre personne désignée par le juge chaque fois qu'il s'estime dépassé, à plus forte raison lorsqu'il ne dispose pas d'un soutien suffisant dans un environnement familial potentiellement marqué par des difficultés éducatives. Pour le parent-mineur comme pour ses parents, il s'agit de préserver l'unité familiale, tout en lui offrant la possibilité pour lui et son enfant de quitter le domicile en cas de conflit, sans qu'ils soient livrés à eux-mêmes. Face au placement « pur et simple » qui peut dans certains cas favoriser un désinvestissement du parent dans sa fonction, le maintien de l'enfant à domicile le contraint à s'impliquer au quotidien auprès de l'enfant. Le placement à domicile est également une mesure transitoire susceptible de préparer à une mesure de placement « pure et simple », en particulier lorsque la multiplication des crises a nécessité une intervention régulière du service. *A contrario*, il permet également d'organiser une période transitoire en sortie de placement et de favoriser un retour progressif de l'enfant au domicile familial à un rythme adapté. Elle permet de rassurer non seulement les parents qui pourront toujours s'en remettre à un tiers en cas de résurgence de leurs difficultés, mais également l'enfant qui disposera au besoin d'un lieu où sa protection sera assurée. Le placement à domicile constitue une mesure intermédiaire de création

¹ Dès l'année 1990 dans le département du Gard, à compter de l'année 2000 en ce qui concerne le département des Côtes d'Armor et de 2003 pour le Finistère.

² Ex. : CA Rennes, 24 mai 2013, n° 11/00172, *inédit* ; CA Rennes, 10 janvier 2014, n° 13/00326, *inédit* ; CA Rennes, 24 janvier 2014, n° 13/00364, *inédit* ; CA Rennes 24 février 2015, n° 13/02564, *inédit* ; CA Limoge 27 octobre 2014, n° 14/00036, *inédit*.

³ Sur l'articulation des droits parentaux avec les mesures éducatives, v. *infra* n°s 519 s.

prétorienne qui concilie d'une part, le soutien à la famille dans le cadre d'un maintien à domicile, avec d'autre part, l'impératif de protection par une prise en charge rapide de l'enfant par une personne autre que son parent¹. Cette mesure permet d'offrir au parent-mineur de quitter le domicile familial avec son enfant en cas de conflit, sans rompre le lien avec ses parents dont il continue de dépendre.

504. Ces mesures intermédiaires sont le fruit de l'expérimentation menée par les Conseils départementaux, confrontés régulièrement à la détresse des familles, mais également à celle des professionnels qui peinent à trouver des solutions adaptées à l'environnement familial. À la pluralité des formes de danger² doit correspondre une diversification des mesures éducatives visant à les surmonter. Cette diversité permet de répondre aux situations familiale complexe comme celle dans laquelle évolue le parent-mineur et son enfant. Par exemple, le législateur a codifié à l'article 375-2 du Code civil le pendant du placement à domicile. Ce texte prévoit que le juge peut autoriser le service chargé d'une mesure d'accompagnement éducatif en milieu ouvert à assurer un hébergement exceptionnel ou périodique à l'enfant qui lui serait confié. Le texte précise que le service doit être spécifiquement habilité à cet effet et qu'il doit informer sans délai le juge du départ de l'enfant, celui-ci étant seul compétent pour trancher les désaccords concernant cet hébergement entre les parents et le service. La nature exacte de cette mesure hybride ne transparaît pas clairement dans la rédaction de l'article qui entretient une certaine incohérence en prévoyant d'une part que cet accueil se fait dans le cadre d'une mesure d'AEMO, tout en précisant d'autre part que l'enfant est confié au service, renvoyant à l'idée d'un placement. Les travaux préparatoires de la loi de 2007³ envisageaient ces mesures parmi les formules innovantes de placement que sont l'accueil de jour⁴, l'accueil séquentiel⁵, le relais parental⁶ et le PEAD. Un auteur estime que cette confusion sémantique entretenue par la formulation de l'article 375-2 alinéa 2 du Code civil conduit à considérer que cet hébergement périodique est une mesure éducative visant à maintenir l'enfant à son domicile et non à le placer, car l'hébergement s'inscrit dans

¹ Comme préconisé par le rapport Naves de juin 2003, *op. cit.* ; v. également le rapport de L. Broissia sur l'amélioration de la prise en charge des mineurs protégés, juillet 2005, *La doc. fr.*

² V. *supra* nos 405 s. ; Arrêt Blicq, Cass., ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, *Juris-Data* n° 1991-001098 ; *Bull. civ.* 1991, ass. plén. n° 1 ; *JCP G* 1991, II, p. 21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin ; *D.* 1991, p. 324, note Larroumet et somm. p. 324, note Aubert ; *Deffrénois* 1991, art. 35062, obs. Aubert ; *RTD. civ.* 1991, p. 541, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 413, note F. Chabas.

³ V. Péresse, *op. cit.*, pp. 24 s. ; A. Lardeux, Rapport n° 393, sur le projet de loi sur la protection de l'enfance, *op. cit.*, p. 31.

⁴ Il s'agit d'un « accueil de l'enfant sur des temps non scolaires et sans hébergement, accompagné d'entretiens avec les parents, ou accueil de la famille, le plus souvent collectif, avec en parallèle des entretiens individuels. » : A. Lardeux, *op. cit.*, p. 21 ; « Les activités développées en accueil de jour avec des groupes familiaux s'orientent vers des actions de soutien à la fonction parentale. Elles sont fondées sur des actions concrètes de la vie quotidienne, c'est-à-dire de véritables mises en situation. » : V. Péresse, *op. cit.*, p. 90 ; mesure codifiée à l'article 375-3 al. 5 C. civ.

⁵ « L'enfant est alors accueilli et hébergé à temps partiel, ce mode de prise en charge pouvant être comparé à une forme de garde alternée entre la famille biologique et la famille d'accueil ou l'établissement éducatif. Il est en général mobilisé soit en phase d'évaluation des problèmes de l'enfant, soit à titre de transition avant un retour au domicile » : *ibid.* ; v. également rapport de L. Broissia sur l'amélioration de la prise en charge des mineurs protégés, juillet 2005, *La doc. fr.*

⁶ « Il s'agit de permettre des temps de décompression pour les parents qui sont dans l'impossibilité, à certains moments, d'assumer de façon continue leurs fonctions parentales. L'enfant est alors hébergé, sans planning préalablement défini, chaque fois que nécessaire et notamment à l'occasion de crises familiales » : *ibid.*

le cadre d'une AEMO¹. Si le placement entraîne le transfert du droit de garde, ce n'est pas le cas des mesures destinées à maintenir l'enfant au domicile familial.

505. Cette question revêt une certaine importance, puisque la responsabilité civile du dommage causé par le mineur est transférée du parent à la personne à laquelle l'enfant est confié par décision judiciaire, la jurisprudence ayant dégagé une conception purement juridique de la notion de garde de l'enfant². En plaçant l'enfant auprès d'un tiers, le juge transfère la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie de l'enfant et la responsabilité qui en découle³. La personne exerçant la mesure devient responsable de plein droit des dommages causés par l'enfant, y compris lorsque le dommage survient durant l'exercice du droit de visite et d'hébergement accordé au parent⁴. En transférant la garde juridique, le service sera responsable des dommages causés par le parent-mineur si la mesure est prise à son bénéfice ou son enfant, même dans le cadre d'une mesure d'hébergement exceptionnel ou périodique, qu'il s'agisse du cadre posé par l'article 375-2 du Code civil⁵, d'un placement éducatif à domicile, ou de toute autre modalité de placement judiciaire. La question du transfert de la garde se pose également pour les placements administratifs. Il appartient au juge administratif de déterminer si, au vu des conditions d'accueil du mineur, de sa durée, ainsi que des obligations mise à la charge du service d'Aide Sociale à l'Enfance et des parents, la décision de placement du président du Conseil départemental, avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale, peut s'analyser comme une prise en charge durable et globale de ce mineur par l'Aide Sociale à l'Enfance. Dans l'affirmative, la décision de placement administratif emporte non seulement le transfert de la garde juridique de l'enfant à l'administration, mais également la responsabilité sans faute pour les dommages qu'il causera éventuellement pendant la durée de sa prise en charge⁶. La protection de l'enfance et les modalités de placement offrent une potentielle réponse à deux des problématiques rencontrées chez le parent-mineur. La première permet de pallier les difficultés éducatives de ce parent en lui offrant un accompagnement dans sa fonction et la seconde résout indirectement la question liée à l'indemnisation de la victime en cas de dommage causé par l'enfant⁷. La décision de placement doit rester exceptionnelle,

¹ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n° 51.

² V. *supra* nos 229 s.

³ J.-F. Eschylle, M. Huyette, *op. cit.*, nos 159 et s.

⁴ V. trois arrêts pris le même jour de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 6 juin 2002 [trois arrêts] : n° 00-12014, n° 00-15606 et joints n° 00-18286, n° 00-19694 et n° 00-19922, *Juris-Data* n° 2002-014568 et *Juris-Data* n° 2002-014563 ; *JCP G* 2003, II, p. 10068, obs. A. Gouttenoire et N. Roget ; *Dr. fam.* 2002, comm. p. 109, obs. J. Jérôme ; *Bull. civ.* 2002, II, n° 120 ; *D.* 2002, p. 2750, note M. Huyette ; *RTD. civ.* 2002, p. 825, obs. P. Jourdain ; *LPA*, 16 janvier 2002, n° 12, p. 18, note J.-B. Laydu ; *LPA* 9 juillet 2003, n° 136, p. 22, note N. Rexand-Pourias ; *RJPF* 2002, p. 20, note F. Chabas ; et Cass., crim., 8 janvier 2008, n° 07-81725, *Juris-Data* n° 2008-042505 ; *Resp. civ. et assur.* 2008, comm. p. 88, H. Groutel ; *RDSS* 2008, p. 376, obs. D. Cristol ; *AJF* 2008, p. 170, note F. Chénéde.

⁵ S. Bernigaud, « Action sociale en faveur de l'enfance », in *Dr. fam.*, P. Murat (dir.), *op. cit.*, n° 242. 201.

⁶ CE, Sect., 11 février 2005, GIE Axa Courtage, *Lebon*, p. 45, *Gaz. Pal. Rec.* 2005, somm. p. 2866, *RFD A*, mai-juin 2005, pp. 602 et s., note P. Bon, *LPA*, 1^{er} juin 2005, p. 8, note E. Matutano ; CE, Sect., 1^{ère} février 2006, Ministre de la Justice c/ MAIF, req. n° 268147 ; CE, 26 mai 2008, n° 290495, *Lebon* 2008, *LPA* 29 septembre 2008, p. 6, note C. Marliac-Negrier ; CE, 17 décembre 2008, n° 301705, *Gaz. Pal.* 21 mai 2009, p. 27, *Gaz. Pal.* 16 mai 2009, p. 11, note M. Guyomar ; CE, 3 juin 2009, n° 300924, *Gaz. Pal.* 22 décembre 2009, p. 31 ; CE, 1^{er} juillet 2016, n° 375076, *Lebon* 2016, *Gaz. Pal.* 12 juillet 2016, n° 270, p. 37.

⁷ V. *supra* nos 258 s.

surtout lorsqu'il s'agit d'un placement « pure et simple ». La minorité du parent qui n'est pas en soi constitutive d'un danger ne peut conduire à légitimer cette mesure pour répondre aux difficultés posées par sa minorité. Seules les carences graves rencontrées par le parent dans sa fonction justifient qu'il soit séparé de son enfant. Lorsque cette décision est prise, il convient de déterminer le lieu et la personne susceptible d'accueillir l'enfant accompagné de son parent-mineur.

B- Le choix du lieu de placement du parent-mineur et de son enfant

506. La protection de l'enfance fait de l'intervention du tiers et de la parentalité, un palliatif aux problèmes rencontrés dans la protection conférée par la filiation. Concernant le placement administratif, la désignation du tiers revient à l'Aide Sociale à l'Enfance et se fait avec l'accord des parents. Lorsque le placement est judiciaire, c'est au juge de procéder à cette désignation. L'article 375-3 du Code civil dresse une liste des personnes susceptibles d'accueillir l'enfant, parmi lesquelles figurent non seulement des personnes physiques (1), mais également des personnes morales (2). L'intérêt est ici de permettre une proportionnalité du placement en favorisant l'individualisation des lieux d'accueil en fonction du contexte familial. Ce choix permet d'adapter la protection du parent-mineur et de son enfant à leurs besoins de protection.

1. Le parent-mineur et son enfant confié à une personne physique

507. Lorsque la protection de l'enfant n'est plus assurée au domicile de son parent, le juge le confie à une personne présentant les garanties nécessaires pour assumer sa prise en charge quotidienne. L'article 375-3 du Code civil n'impose aucune hiérarchie entre les différents choix de personnes qu'il énumère, la décision du juge n'est ici guidée que par l'intérêt de l'enfant qu'il désire protéger¹. L'action éducative dans son ensemble doit s'appuyer sur les ressources de la famille et l'environnement de l'enfant². Les mesures de placement n'échappent pas à ce principe. Quand le parent chargé d'assumer la prise en charge quotidienne de l'enfant rencontre une difficulté dans sa fonction, il convient de vérifier qu'il n'existe pas une personne de son entourage susceptible d'accueillir l'enfant le temps qu'il surmonte ses problèmes. L'intérêt est de limiter l'impact du placement sur l'environnement de l'enfant et de minimiser le bouleversement sur l'organisation familiale. L'article 375-3 du Code civil envisage la possibilité de confier l'enfant à son autre parent, à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance.

508. La référence à l'« autre parent » renvoie implicitement aux situations dans lesquelles le couple parental est séparé, car en l'absence de séparation l'existence du danger vaut pour les deux parents, aucun d'eux n'étant parvenu à y mettre fin. Dans le cas contraire, le placement serait disproportionné

¹ CA Metz, 4 décembre 1995, *Juris-Data* n° 053375, *D.* 1997, somm. p. 283, obs. D. Autem ; J.-F. Eschylle, M. Huyette, *op. cit.*, n° 83.

² L. 112-3 CASE.

au but recherché. L'autre parent est celui avec lequel l'enfant ne réside pas de manière habituelle, que cette résidence soit le fruit d'une décision judiciaire ou d'une séparation de fait. Lorsque la résidence a été fixée par le juge aux affaires familiales, le juge des enfants ne pourra la modifier qu'en raison d'un élément nouveau. Concernant l'enfant du mineur, sauf à ce que l'un des parents ait préalablement saisi le juge aux affaires familiales, la séparation du couple procède généralement de l'obligation de cohabitation à laquelle au moins l'un d'entre eux demeure soumis en raison de sa minorité. Compte tenu du caractère temporaire propre à l'action éducative, le placement n'intervient que de manière circonstanciée. Il existe deux situations dans lesquelles le juge des enfants confie l'enfant à son autre parent : soit dans l'attente d'une saisine du juge aux affaires familiales qui reste seul compétent pour fixer sur le long terme la résidence habituelle de l'enfant, soit parce que le parent ne souhaite pas conserver cette résidence une fois le danger surmonté. L'intervention du juge des enfants ne se justifie qu'en cas d'opposition de l'un des parents à l'éloignement temporaire de l'enfant. Rien ne s'oppose à ce que les parents dans le cadre de l'exercice normal de leur autorité s'entendent sur la fixation de la résidence, le temps pour l'autre de mettre fin au danger. Le parent-mineur peut décider de confier l'enfant à son autre parent ou proposer de l'accueillir s'il ne vit pas à son domicile, sans qu'il soit nécessaire de recourir au placement. Il s'agit ici d'une décision prise par le parent-mineur exerçant l'autorité parentale, ses parents ne pourront légalement s'y opposer. Le juge des enfants n'intervient qu'en cas de danger avéré et d'opposition de l'un des titulaires de l'autorité parentale. En l'absence de danger, le droit commun s'applique et seul le juge aux affaires familiales peut confier l'enfant du parent-mineur à son autre parent en cas de désaccord et inversement. Cette remarque vaut également à l'égard du parent-mineur qui peut être confiés à son autre parent lorsque ceux-ci sont séparés. Cette décision peut résulter d'un simple accord des parents qui continuent d'exercer sur lui l'autorité parentale, du juge aux affaires familiales en cas d'opposition, ou du juge des enfants si le parent-mineur encourt un danger à son domicile actuel. Le parent qui accepte d'accueillir le parent-mineur prend implicitement l'engagement de l'accueillir avec son enfant. Toute décision qui confie un parent-mineur, conduit indirectement à modifier la résidence de son enfant.

509. La seconde possibilité envisagée par l'article 375-3 du Code civil est de confier l'enfant à un membre de sa famille. Partant de la famille nucléaire réduite aux père et mère, le texte prévoit la possibilité de rechercher une solution d'accueil dans la famille élargie. Cette faculté offerte au juge des enfants fait écho à celle reconnue au juge aux affaires familiales à l'article 373-3 du Code civil. Sans imposer de hiérarchie, le législateur, par son insistance, laisse entendre qu'il est préférable de confier l'enfant à sa famille plutôt qu'à une institution. La formule utilisée laisse place à une grande souplesse puisqu'il est fait référence au seul lien de filiation avec l'enfant qu'il soit ascendant, collatéral ou d'alliance aussi bien dans la branche maternelle que dans la branche paternelle. L'enfant peut être confié

à ses grands-parents¹, à un oncle ou une tante², mais également à des personnes plus éloignées telles qu'une cousine³. L'accueil dans le cadre de la protection de l'enfance constitue une forme d'expression de la solidarité familiale⁴, qui pourra profiter au parent-mineur et à son enfant. Lorsqu'ils ne peuvent être maintenus dans leur milieu habituel, le juge peut les maintenir dans leur milieu familial. Cette solution présente l'avantage de faciliter l'adhésion des parents et de l'enfant au placement, car son éloignement se retrouve plus limité que s'ils avaient été confiés à un service ou une personne extérieure à la famille. Cette solution implique de s'assurer au préalable des conditions d'accueil matérielles et éducatives pouvant leur être proposées au domicile de cette personne. L'intérêt est d'éviter leur sortie d'un milieu carencé pour se retrouver dans un autre. En dépit de la vérification des conditions d'accueil, il est important que le membre de la famille auquel l'enfant et éventuellement son parent-mineur sont confiés, soit apte à respecter la place des parents, et ce, malgré les difficultés qui ont conduit à leur placement. L'accueil de l'enfant requiert une certaine neutralité de la personne à laquelle il est confié, dans le cas contraire s'ajouteront aux difficultés parentales, les tensions nées d'un conflit familial qui peut à terme devenir tout aussi néfaste que le danger que la mesure était censée éviter. Il convient de bien analyser la situation familiale et l'origine du danger, car « dans les cas de dysfonctionnements familiaux graves, parents et grands-parents se retrouvent personnellement fortement impliqués et les seconds sont rarement aptes à conserver la distance indispensable à une prise en charge équilibrée de leurs petits-enfants »⁵. La situation d'un parent-mineur dont le placement de l'enfant s'avérerait nécessaire offre une illustration de cette difficulté. En raison de l'interdépendance qui existe entre la protection de l'enfant et celle de son parent-mineur, les failles décelées dans sa protection tendent à révéler celles qui existent également dans la prise en charge de son parent en raison d'un environnement familial précaire. Même en présence d'un grand-parent présentant des qualités éducatives certaines, il convient de s'assurer qu'il ne fera pas obstacle le moment venu au retour de l'enfant auprès de son parent. Ce choix présente le risque d'aggraver d'éventuelles confusions dans les rôles, notamment lorsque les failles parentales sont révélées, il peut devenir difficile pour un membre de la famille d'accepter de se séparer de l'enfant une fois le danger écarté. Le maintien du placement ne peut se justifier qu'en raison de la persistance du danger rendant le retour de l'enfant inenvisageable, et non sur une question de stricte parentalité. La personne qui se voit confier l'enfant ne peut prétendre au maintien de la mesure sous le seul prétexte qu'il serait mieux à son domicile. Ce raisonnement fait de

¹ CA Rouen, 13 décembre 2011, n° 11/04778, *inédit* ; CA Rennes, 27 sept. 2013, n° 13/00224, *inédit* ; CA Lyon, 3 décembre 2013, n° 13/00275, *Juris-Data* n° 2013-030800 ; CA Rennes, 10 janvier 2014, n° 13/00328, *inédit* ; CA Rennes, 31 janvier 2014, n° 13/00087, *inédit* ; CA Limoges, 3 févr. 2014, n° 13/00089, *inédit* ; CA Lyon, 8 avril 2014, n° 13/00346, *Juris-Data* n° 2014-009862 ; CA Amiens, 20 novembre 2014, n° 14/03266, *inédit* ; CA Limoges, 6 octobre 2014, n° 14/11127, *inédit* ; CA Limoges, 6 octobre 2014, n° 14/00027, *inédit* ; CA Amiens, 26 juin 2014, n° 13/04266, *inédit* ; CA Limoges, 16 janvier 2015, n° 14/00111, *inédit* ; CA Nouméa, 23 avril 2015, n° 15/00011, *inédit* ; CA de Basse-Terre, 30 juin 2016, n° 16/00362, *inédit*.

² CA Rennes, 24 février 2015, n° 13/06990, *inédit* ; CA Limoge, 8 janvier 2013, n° 15/00126, *inédit*.

³ CA Lyon, 25 novembre 2014, n° 14/00167, *Juris-Data* n° 2014-029807.

⁴ A.-M. Leroyer, « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD. civ.* 1998, p. 587 ; A. Gouttenoire, P. Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. fam.* 2003. Étude 1.

⁵ M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, *op. cit.*, pp. 174 s.

tout placement un départ quasi définitif, contraire à l'esprit de la protection de l'enfance destinée à restaurer l'autonomie du parent-mineur ou de ses parents dans l'exercice de leurs droits.

510. La dernière catégorie de personnes physiques auxquelles l'enfant peut être confié est celle du « tiers digne de confiance ». Bien que certaines décisions désignent les membres de la famille en qualité de tiers dignes de confiance¹, ces deux notions sont distinctes. Le tiers digne de confiance, contrairement aux membres de la famille, n'a pas de lien de filiation avec l'enfant. Il s'agit de personnes ayant noué avec lui des relations affectives et qui lui ont témoigné de l'intérêt. Le Défenseur des droits a envisagé que dans les évaluations réalisées en amont des décisions de placement, il soit procédé systématiquement à la recherche « des ressources humaines susceptibles d'accueillir l'enfant et leurs capacités à en assumer la protection et l'éducation »². L'article L.221-1 Code de l'action et des familles prévoit que « le service de l'Aide Sociale à l'Enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes : [...] Veiller à ce que les liens d'attachement noués par l'enfant avec d'autres personnes que ses parents soient maintenus, voire développés, dans son intérêt supérieur ». La seule limite concernant la désignation d'une personne en tant que tiers digne de confiance est l'intérêt qu'il porte à l'enfant. Dans le cas d'un parent-mineur, cet élargissement permet de confier l'enfant et au besoin son parent-mineur, à un membre de la famille de l'autre parent, quand sa « belle-famille » lui offre les conditions de vie et de stabilité nécessaires à son épanouissement et à celui de son enfant. Ce tiers peut être une assistante familiale, cette notion n'étant appréhendée que dans la relation avec les parents³ et non avec l'enfant. La loi permet de recourir à l'entourage de l'enfant sans pour autant se limiter au cercle familial.

511. Lorsque l'enfant est confié à une personne physique que ce soit l'autre parent, un membre de la famille ou un tiers de confiance, une mesure d'aide ou d'assistance peut être prévue au bénéfice du tiers ou du parent pour les accompagner dans leur rôle respectif et favoriser le retour de l'enfant. La mise en place d'une AEMO ou d'une AED permet également de contourner les inconvénients liés au placement de l'enfant auprès d'une personne physique. Contrairement aux personnes morales chargées d'exercer les mesures éducatives, les personnes physiques ne sont pas tenues de rendre compte périodiquement de l'évolution de l'enfant à leur domicile et le juge peut ne pas prévoir de durée⁴. En ordonnant une AEMO ou une AED confiée à une personne morale, le juge des enfants s'assure qu'un rapport lui sera transmis et que la situation de l'enfant fera l'objet d'un réexamen régulier, susceptible de faire évoluer sa situation. L'article L.227-2 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que « Dans le cas où les mineurs ont été confiés à des particuliers ou à des établissements en application

¹ CA de Basse-Terre, 30 juin 2016, n° 16/00362, *inédit*.

² Défenseur des droits, 29 sept. 2014, décis. n° MDE-2014-134, relative à des recommandations portant sur l'accueil des enfants confiés, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative, à une personne désignée tiers digne de confiance. III^{ème} recommandation.

³ M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, op. cit., p. 177.

⁴ *Ibid.*

des articles 375-3 et 375-5 du Code civil, ils sont placés sous la protection conjointe du président du Conseil général [départemental] et du juge des enfants ». Lorsque la personne qui accueille l'enfant n'est pas un membre de sa famille soumis à l'obligation d'entretien ou à l'obligation alimentaire, celle-ci pourra prétendre à un soutien financier de la part du département¹. Ce soutien peut donc intervenir au bénéfice des parents-mineurs et de leur enfant. Lorsqu'aucun membre de leur entourage ne peut les accueillir ou si cet accueil n'est pas conforme à leur intérêt, le placement sera confié à une personne morale.

2. Le parent-mineur et son enfant confié à une personne morale

512. L'article 375-3 du Code civil poursuit son énumération en offrant la possibilité de confier l'enfant à des personnes morales qui peuvent être un service départemental de l'Aide Sociale à l'Enfance, un établissement habilité pour l'accueil de mineurs, et depuis la loi du 5 mars 2007, un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé. Le choix de confier l'enfant à l'une de ces personnes morales doit être guidé par l'intérêt de l'enfant, l'objectif étant de mettre en œuvre les moyens les plus efficaces pour la restaurer l'autorité parentale comme seule protection pour le parent-mineur comme pour son enfant et favoriser leur retour dans leur famille. L'orientation de la décision de placement et l'organisme auquel l'enfant sera confié aura une importance déterminante sur l'évolution de la famille. L'opportunité de ces solutions varie d'un département à l'autre en fonction de l'organisation interne des services. Dans certains départements les travailleurs sociaux qui interviennent à domicile poursuivent leur accompagnement malgré le placement de l'enfant, car ils travaillent à la fois dans le cadre préventif, mais également auprès de l'Aide Sociale à l'Enfance. Dans d'autres départements, les services de prévention sont distincts sur le plan administratif de l'Aide à l'enfance et se composent de personnels différents, si bien que les personnes chargées d'intervenir dans les familles sont susceptibles de changer en fonction de la mesure, ce qui peut nuire à la cohérence de l'action éducative et à terme, à la compréhension et à l'adhésion des familles. Quand la décision de placement intervient postérieurement à une mesure d'aide ou d'accompagnement, le choix de la personne morale à laquelle l'enfant sera confié sera influencé par les particularités locales de l'organisation de la protection de l'enfance pour maintenir une cohérence et une continuité dans l'accompagnement des familles.

513. Le choix du lieu de placement n'est véritablement libre qu'en l'absence de travail éducatif antérieur. En pratique, le service départemental de l'Aide Sociale à l'Enfance constitue un partenaire privilégié en matière de placement². En ordonnant que le mineur soit confié à l'Aide Sociale à l'Enfance, le juge des enfants laisse aux responsables du service la liberté de déterminer le lieu d'accueil le mieux adapté à ses besoins. Selon les chiffres publiés par la Dress en octobre 2018, 47 % des mineurs confiés

¹ Art. L. 228-3 CASF.

² A. Lardeux, *op. cit.*, p. 15.

à l'ASE ont bénéficié d'un hébergement en famille d'accueil, contre 37 % en établissement, 7 % en hébergement pour adolescents et jeunes majeurs et 9 % selon un autre mode d'hébergement (internat scolaire, placement auprès d'un tiers digne de confiance, attente de lieu d'accueil, village d'enfants, placement chez la future famille adoptante...) ¹. Compte tenu de la polyvalence des solutions d'hébergement proposée par l'Aide Sociale à l'Enfance, ce service paraît le mieux indiqué pour trouver une solution d'accueil correspondant aux besoins spécifiques d'un parent-mineur accompagné de son enfant. Une fois l'enfant confié à l'aide sociale, le service peut adapter le lieu d'accueil en fonction des besoins du mineur sans l'intervention d'une nouvelle décision du juge des enfants. Le parent-mineur peut être dans un premier temps placé dans un centre maternel ² susceptible d'accueillir les couples accompagnés de leur enfant de moins de trois ans, puis éventuellement être orienté vers un hébergement par un tiers de confiance ou une famille d'accueil. Le placement à l'Aide Sociale à l'Enfance permet d'instaurer une continuité dans le suivi éducatif et le travail engagé auprès du parent, par la stabilité des référents éducatifs et des professionnels amenés à intervenir au sein de la famille. Les droits reconnus aux familles dans leur interaction avec le service ³ sont pleinement applicables avec une information systématique des parents par le service ainsi que le recueil de l'avis de l'enfant qui doit être associé aux décisions qui le concernent en fonction de son discernement ⁴. En cas de désaccord de l'enfant ou de ses parents sur le choix de l'hébergement proposé par le service, ils peuvent saisir le juge des enfants qui pourra décider du lieu ⁵ qui s'imposera à toutes les parties. Lorsque le juge confie l'enfant à une personne spécifique, le service perd toute liberté dans le choix du lieu d'accueil. Cette solution présente plusieurs inconvénients, le premier étant que le statut d'usager du service de l'Aide Sociale à l'Enfance cesse de s'appliquer dans ces circonstances ⁶, et toute modification ultérieure du lieu passera nécessairement par une nouvelle décision du juge. Les décisions prévoyant une personne morale autre que l'aide sociale interviennent généralement dans un contexte familial particulier.

514. L'alinéa 5, introduit par la loi du 5 mars 2007, permet au juge de confier l'enfant à un établissement habilité à l'accueil des mineurs à la journée, ou suivant toute autre modalité de prise en

¹ N. Amrous, « 341 000 mesures d'Aide Sociale à l'Enfance en cours fin 2017 », *Études et Résultats*, Drees, n° 1090, octobre 2018 ; *AJ. fam.* 2018, p. 566

² Art. L. 222-5-3 CASF.

³ Art. L. 223-1 et s. CASF.

⁴ Art. L. 223-4 CASF.

⁵ Dans un premier temps, la Cour de cassation s'y était opposé, estimant que le juge n'avait pas compétence pour dire à un service spécialisé dans la protection de l'enfance comment et où exercer la mesure : Cass., civ. 1^{ère}, 3 janvier 1980, n° 78-80036, *Juris-Data* n° 1980-000001 ; *JCP G* 1980, IV, p. 99 ; *Bull. cin.* 1980, I, n° 1 ; *RDSS* 1980, p. 270, obs. P. Raynaud ; Cass., civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. jurispr. p. 187 ; *RDSS* 1984, p. 126, obs. P. Raynaud ; Cass., civ. 1^{ère}, 12 novembre 1985, *Deffrénois* 1986, art. 33690, p. 331, obs. J. Massip. Pour finalement opérer un revirement de jurisprudence Cass., civ. 1^{ère}, 15 mai 1990, n° 88-05045, *Juris-Data* n° 1990-701601 ; *JCP G* 1991, II, p. 21666, Curiel ; *Bull. cin.* 1990, I, n° 105 ; *D.* 1990, inf. rap. p. 132 ; *Deffrénois* 1990, art. 34826, p. 950, obs. J. Massip. Qui sera confirmé à plusieurs reprises : Cass., civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, n° 91-05089, *Juris-Data* n° 1993-000419 ; *JCP G* 1994, II, p. 22244, Allaix ; *Bull. cin.* 1993, I, n° 104 ; *Deffrénois* 1993, art. 35663, n° 126, obs. J. Massip ; *RDSS* 1993.530, obs. F. Monéger ; v. également : Cass., civ. 1^{ère}, 17 mai 1993, n° 91-05090, *Juris-Data* n° 1993-001117 ; *Deffrénois* 1993, p. 1371, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 19-21 mars 1995, n° 78-80, somm. pp. 37-38 ; C. cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2001, *JCP* 2001, I, p. 332, obs. Th. Fossier, *D.* 2001, p. 2151, obs. M. Huyette ; v. sur ce point : P. Verdier, L. Seailles, « Juge des enfants, service d'Aide Sociale à l'Enfance : complémentarité ou confusion des rôles ? » *RDSS* 1994, p. 145.

⁶ M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, op. cit., p. 189.

charge. Ce type de placement correspond à l'accueil de jour, l'accueil séquentiel ou encore le relais parental¹. Il n'est pas question ici d'un placement destiné à répondre à une urgence due aux crises aiguës traversées par la famille comme peut le faire le Placement Éducatif à Domicile². Il s'agit de placement prévoyant un accueil régulier de l'enfant sur des périodes déterminées à l'avance avec le parent, durant lesquelles il estime ne pas pouvoir assumer pleinement ses fonctions, telles que les fins de semaines par exemple. Pour un parent-mineur, cet accueil peut être organisé pour son enfant sur les temps de scolarité de son parent en cas de reprise de ses études, en l'absence de soutien de sa famille et faute d'alternative.

515. Enfin, le juge dispose d'une dernière alternative lui permettant de confier l'enfant directement à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé qui peut relever du public comme du privé. Cette formulation se veut la plus large possible pour permettre au juge d'envisager toutes les possibilités existantes ou susceptibles d'exister dans le domaine de l'éducation et de la santé. Le placement de l'enfant auprès d'un établissement ou d'un service sanitaire intervient dans les cas où la protection de sa santé est remise en question par le refus injustifié opposé par les parents de procéder à son hospitalisation en dépit de sa nécessité. Cette solution peut intervenir, par exemple, dans le cas d'un parent qui s'opposerait à l'interruption de grossesse de leur enfant. Une fois placé, l'enfant peut exercer ses droits sans que son parent puisse interférer, mais se posera la question de son éventuel retour. Si on a accordé davantage d'autonomie aux mineurs dans l'exercice de leurs droits sexuels et reproductifs, les parents ont toujours la possibilité de s'y opposer en refusant le départ de l'enfant du domicile familial, ce qui fera échec à son hospitalisation et à l'intervention prévue. Ce placement peut également s'appliquer à l'enfant d'un parent-mineur qui s'oppose à une hospitalisation pourtant nécessaire. Dans ces hypothèses, le placement de l'enfant auprès de l'établissement de santé peut suffire dans l'attente de l'identification des raisons ayant conduit au refus ou à l'inaction parentale. La décision de placement au sein d'un établissement ou d'un service de soin prise par le juge n'est pas conditionnée à un avis médical conforme et circonstancié, sauf si cette hospitalisation est motivée par les troubles mentaux de l'enfant³.

516. En pratique, d'autres alternatives sont préférées à ce type de placement en établissement, car l'opposition des parents à l'acte médical est rarement isolée et s'inscrit parmi d'autres carences pouvant justifier la mise en place d'une action éducative au-delà du temps nécessaire à l'intervention. Lorsque les carences sont insuffisantes pour justifier le placement de l'enfant, le juge préférera une mesure d'AEMO assortie d'une obligation de soins, qui permettra d'éviter de bouleverser l'organisation familiale sous réserve que les parents se plient à l'injonction qui leur est faite. Lorsque les difficultés

¹ Sur ces notions v. *supra* n° 505, notes n°s 4, 5 et 6.

² V. *supra* n° 503.

³ Art. 375-9 C. civ.

parentales justifient l'éloignement de l'enfant, le juge se contentera de le confier à l'Aide Sociale. Le service reste libre de décider du lieu de placement, c'est lui qui procédera à l'hospitalisation de l'enfant qui lui a été confié, la décision de placement pouvant également s'accompagner d'une autorisation donnée par le juge des enfants de réaliser l'intervention¹. Ce choix présente l'avantage de ne pas restituer l'enfant à ses parents à la sortie de son hospitalisation, car il reste confié au service qui pourra prévoir un nouveau lieu d'accueil adapté à ses besoins, sans devoir solliciter une nouvelle décision de placement. Une mineure placée à l'Aide Sociale pourra être prise en charge en centre maternel durant sa grossesse, puis bénéficier d'un accueil en établissement de santé si elle souhaite garder l'enfant, et à son issue, réintégrer le centre maternel, le service pouvant anticiper ce retour en réservant sa place, sans qu'une décision de placement ne soit nécessaire entre chacune de ces étapes. Concernant le placement en établissement scolaire ordinaire, la jurisprudence n'offre que peu d'illustrations². Ces établissements n'ont pas vocation à assurer en permanence la prise en charge de l'enfant même dans le cadre de l'internat, car se pose alors la question des fins de semaines et des vacances scolaires. S'il s'agit de lutter contre l'absentéisme scolaire, le juge aura plutôt recours à une mesure d'AEMO assortie d'une obligation scolaire ou le cas échéant à un placement à l'ASE qui décidera au besoin de l'établissement dans lequel le parent-mineur poursuivra ses études, de telles mesures n'ayant que peu d'intérêt à l'égard de l'enfant du mineur qui en raison de son âge n'est pas encore soumis à l'obligation scolaire³. Ces différents lieux d'accueil contribuent à la proportionnalité de l'action éducative aux besoins de protection de l'enfant ainsi qu'aux difficultés rencontrées par les parents dans leurs fonctions. Les tiers sont amenés à intervenir aux côtés du parent-mineur et de leur parent dans la vie de leur enfant respectif. Cette situation conduit à la coexistence des droits et obligations liés à l'exercice de l'autorité parentale avec les mesures éducatives. La place conservée par le parent dans sa fonction évolue selon la mesure éducative mise en place, mais également en fonction de son implication dans la vie de l'enfant. Si le maintien des prérogatives parentales demeure le principe en matière d'assistance éducative, celles-ci peuvent être aménagées, quitte à disparaître en raison des graves manquements observés dans leurs fonctions.

¹ V. *infra* nos 526 et 527.

² Ex : placement dans un établissement d'enseignement privé : CA Paris, 3 novembre 1989, *Juris-Data* n° 02618, cité par M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, *op. cit.*, p. 182.

³ Cette obligation demeure fixée entre 6 et 16 ans par l'art. L. 131-1 Code de l'éducation ; le projet de réforme n° 1481, du 5 décembre 2018, pour une école de la confiance envisage d'instaurer cette obligation à compter de 3 ans. Si ce projet est adopté, les enfants des plus jeunes parents-mineurs pourront être concernés par l'obligation scolaire durant la minorité de leurs parents.

Section II : Du maintien au retrait de l'autorité parentale

517. L'action éducative n'est pas destinée à écarter les parents-mineurs ou leurs parents de leurs fonctions respectives, mais de les aider et de les accompagner pour qu'ils puissent exercer leur autorité parentale de manière autonome. La réussite de cet objectif implique de préserver autant que possible les liens existants entre les parents et leur enfant, ainsi que l'environnement familial comme son organisation. Selon les difficultés observées et la nature de la mesure envisagée, l'étendue des droits et devoirs conservés par les parents fera l'objet d'aménagements nécessaires à la coexistence de l'autorité parentale avec l'action éducative (§ 1). Lorsque le danger auquel l'enfant est exposé semble insurmontable, le parent n'étant pas parvenu à trouver ou retrouver l'autonomie requise dans l'exercice de l'autorité parentale, l'assistance éducative doit laisser place à d'autres institutions destinées à se substituer aux parents qui ne sont plus aptes à assumer pleinement leur fonction (§ 2).

§ 1 : La coexistence de l'autorité parentale avec la protection de l'enfance

518. En dépit des défaillances des parents-mineurs ou de leurs parents, la protection de l'enfance préserve leurs droits pour porter le moins possible atteinte à leur fonction respective. Bien que la confiance dans l'action parentale soit ébranlée par l'existence de l'action éducative¹, les parents conservent l'ensemble des droits et devoirs nés de la filiation qui les lie à leur enfant (A). Cet exercice fait l'objet d'aménagements chaque fois qu'il est incompatible avec l'action éducative menée. La gradation des mesures éducatives comporte également celle de l'atteinte portée aux prérogatives parentales. Selon que l'enfant reste ou non auprès d'eux, toute séparation provoque avec elle un morcellement juridique de la fonction parentale (B).

A- La continuité de l'autorité parentale dans le cadre de la protection de l'enfance

519. En préservant l'exercice de l'autorité parentale, les parents-mineurs et leurs parents demeurent les premiers protecteurs de leur enfant respectif. L'accompagnement des parents dans leurs droits implique qu'ils puissent continuer à les exercer. À ce titre, ils conservent l'exercice de l'autorité parentale malgré d'éventuels aménagements (1). La restauration de l'autonomie du parent ne pourra être pleinement assurée qu'à condition qu'il soit en capacité de répondre à ses obligations qu'elles soient de nature personnelle ou pécuniaire (2).

¹ A. Kimmel-Alcover, « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et méfiance », *RDSS* 2013, p. 132.

1. *Le maintien d'une autorité parentale sous contrôle*

520. L'article 375-7 du Code civil pose le principe selon lequel « les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale [...] ». Ce principe s'explique tant par les objectifs assignés à l'assistance éducative que par sa mise en œuvre. Qu'il s'agisse de mettre fin à un danger ou de restaurer l'autorité parentale, le mineur se doit d'être maintenu autant que possible dans son milieu actuel, ce qui implique d'accorder au parent une place centrale dans un dispositif de protection dont l'objet est de restaurer son autonomie dans l'exercice de son autorité, et dont la réussite est conditionnée en grande partie par son adhésion. Pas de restauration possible sans adhésion et pas d'adhésion sans implication, car « si l'on veut aider, assister les parents rencontrant des difficultés dans leur fonction éducative, il convient d'intervenir à leurs côtés, de leur offrir un soutien dans l'exercice de leurs prérogatives et non de les dépouiller de ces dernières »¹. Les parents continuent d'être les protecteurs de leur enfant en décidant et en agissant dans son intérêt. Toute modification de l'exercice de l'autorité parentale résulte soit de l'accord des deux parents soit dans le cas contraire, d'une décision du juge aux affaires familiales qui conserve ici une compétence exclusive.

521. L'aide éducative s'inscrit dans un strict respect de l'autorité parentale, qu'il s'agisse d'une aide à domicile ou d'un placement administratif. Les services de l'Aide Sociale à l'Enfance ne disposent d'aucun pouvoir de contrainte leur permettant d'influer sur l'organisation familiale sans l'accord et l'adhésion des parents. L'autorité parentale est un droit d'ordre public, l'autorité judiciaire est seule compétente pour en modifier l'exercice dans les limites imposées par la loi². Tant que la protection de l'enfance demeure dans un cadre purement administratif, tout départ de l'enfant du domicile familial se fait conformément aux dispositions de l'article 371-3 du Code civil, l'autorisation des parents devant être donnée par écrit³. Les seuls aménagements des droits parentaux sont ceux auxquels les parents ont eux-mêmes consenti dans le cadre du projet pour l'enfant⁴, ou ceux prévus par le juge aux affaires familiales. Le parent-mineur continue d'exercer sur son enfant tous les attributs de l'autorité parentale et doit consentir aux aménagements qui lui sont proposés dans le cadre de l'aide éducative. Il peut prendre toutes les décisions sur la personne de son enfant et réalise tous les actes de sa vie civile qu'ils soient usuels ou graves, et demeure l'administrateur légal de ses biens. Il en va de même pour son parent si l'aide lui est adressée. En dépit du maintien de l'exercice de l'autorité parentale, chaque choix des parents, dans ce qu'ils estiment être l'intérêt de leur enfant, est placé sous la surveillance et le contrôle du service. Chaque décision, chaque acte conclu durant la mesure pèsent sur les orientations futures de l'action éducative. La liberté du parent dans sa fonction demeure relative, car tout refus opposé au

¹ A. Kimmel-Alcover, « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et méfiance », *op. cit.*

² C. Neirinck, « L'enfant, être vulnérable », *RDSS* 2007, p. 5.

³ Art. L. 223-1 al. 1 CASF.

⁴ V. *infra* n° 528.

service d'Aide Sociale à l'Enfance l'expose à un éventuel signalement judiciaire¹. La crainte de l'intervention du juge peut suffire à convaincre le parent d'accepter l'aide proposée, quand bien même il l'estime injustifiée. Cette contrainte nécessaire à l'effectivité de la protection de l'enfance interroge sur la liberté de la volonté exprimée par le parent, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un mineur.

522. La continuité de l'autorité parentale est également assurée dans le cadre de l'assistance éducative², cependant, contrairement au cadre administratif ses modalités pourront faire l'objet d'aménagements progressifs en fonction de la mesure envisagée. Ces aménagements sont destinés à favoriser l'équilibre entre d'une part la protection de l'enfant et d'autre part, la restauration de l'autonomie du parent dans son rôle de protecteur³. Les mesures éducatives en milieu ouvert préservent l'intégrité des droits découlant du statut de parent. L'enfant est maintenu au domicile familial, les parents continuent de gérer son quotidien et exercent l'autorité parentale dans toutes ses composantes. Lorsque l'enfant est confié, la résidence et le droit de garde seront obligatoirement aménagés pour permettre le départ de l'enfant du domicile familial sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord préalable des parents. Pour le surplus, ils continuent de prendre toutes les décisions le concernant et le représentent dans tous les actes de la vie civile, en dépit de son éloignement. Ils conservent également les autres droits nés du lien de filiation qu'il s'agisse d'autoriser le mariage⁴ ou l'adoption de l'enfant⁵. Ils peuvent également demander son émancipation sous réserve de l'autorisation du juge des enfants⁶. L'intérêt est d'éviter qu'ils tentent d'échapper aux mesures éducatives prononcées en renonçant à leurs droits sur l'enfant⁷. Dans le cas d'un parent-mineur, son émancipation peut, selon les circonstances, être encouragée par le juge, lorsque son retour au domicile familial est manifestement compromis. Excepté cette situation, l'encadrement légal de cette demande d'émancipation donne au juge la possibilité de contraindre les parents à conserver leur autorité parentale pour les obliger à persévérer dans sa restauration⁸.

523. En cas de placement, les services sont tenus d'informer les parents-mineurs ou leurs parents des événements marquant la vie de leur enfant respectif et de les associer à leur quotidien⁹. La Cour de cassation a rappelé qu'il n'est pas dans les attributions du juge des enfants de priver les parents de

¹ Art. L. 223-2 CASF.

² I. Maria, « Réflexions autour de la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale », in *Mélanges C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, pp. 735-754.

³ M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2015, spéc. n^{os} 277 s. ; C. Neirinck, « L'enfant, être vulnérable », *op. cit.*

⁴ Sur les conditions de l'émancipation légale v. *infra* n^{os} 691 s.

⁵ Il n'y a pas de restriction pour l'adoption, car la protection de l'enfant sera assurée par ses parents adoptifs venant pallier les difficultés rencontrées par sa famille d'origine.

⁶ Art. 375-7 C. civ.

⁷ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Modalités. Effets », *op. cit.*, n^o 28.

⁸ « Comme la protection administrative, elle [la protection judiciaire] représente une sorte de "pari" sur son avenir : avec l'aide apportée, celle-ci doit pouvoir retrouver un fonctionnement autonome satisfaisant. » : C. Neirinck, « L'enfant, être vulnérable », *loc. cit.*

⁹ M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, n^o 268, p. 181.

l'exercice de leur autorité parentale. Il ne peut qu'en aménager l'exercice dans les limites prévues par la loi¹. Le service ou le tiers auquel l'enfant est confié doit par exemple en matière de santé recueillir systématiquement le consentement des parents pour chaque acte préconisé et ne peut se contenter d'une autorisation anticipée ou générale². En dépit des difficultés personnelles, conjugales ou familiales éprouvées par les parents, leurs choix continuent de s'imposer au service. Le caractère temporaire de l'assistance éducative s'oppose à ce que les décisions concernant l'enfant puissent être prises sans ses parents, à plus forte raison lorsqu'elles rompent avec son passé ou engagent son avenir. La mesure n'a aucune incidence sur l'appréciation de la conformité des décisions parentales aux intérêts de l'enfant. Soit elle est contraire et le service doit en avertir le juge, soit-elle ne l'est pas et doit s'imposer, quand bien même il ne s'agirait pas d'une préconisation du service, que l'enfant soit ou non placé³. L'implication des parents dans la vie de leur enfant⁴, trouve sa limite dans sa conformité avec son intérêt conformément à l'article 371-1 du Code civil. En cas de désaccord, seul le juge détermine où se situe cet intérêt.

524. Le juge peut anticiper certains besoins de l'enfant et prescrire des obligations particulières en vue d'y répondre, obligations qui s'imposeront tant aux parents, qu'à l'enfant ou au service⁵. Ces obligations ne portent qu'une atteinte limitée à la liberté des parents dans l'exercice de leur autorité. Ces contraintes visent à impulser la prise de décisions et guider les parents dans leur choix, notamment lorsque le maintien de l'enfant au domicile familial est subordonné à leur respect. Deux solutions se présentent aux parents : soit faire abstraction des préconisations du juge au risque de provoquer le départ de l'enfant, soit accepter de s'y plier et préserver l'intégrité familiale. Le juge des enfants n'a pas vocation à exercer l'autorité parentale⁶, les obligations qu'il impose ne font que délimiter et contrôler l'action des parents en leur montrant la marche à suivre pour préserver l'intérêt de leur enfant. Elles présentent avant tout un objectif pédagogique au-delà de leurs aspects contraignants. Si elles peuvent être utilisées pour inciter les parents à accorder l'autonomie nécessaire au parent-mineur dans sa fonction parentale, elles ne permettent pas de décider ni d'agir à leur place. L'assistance éducative peut donc influencer sur l'exercice de l'autorité parentale sans avoir à en modifier le fonctionnement.

¹ Cass., civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, n° 15-28.935, *Juris-Data* n° 2017-000002 ; *JCP G.* n° 1-2, 9 janvier 2017, p. 6.

² ANESM, L'exercice de l'autorité parentale dans le cadre du placement, recommandation de bonnes pratiques professionnelles, février 2010, p. 42.

³ M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, *op. cit.*, p. 230

⁴ L'implication du parent dans la vie de l'enfant ne se limite pas aux décisions, mais recouvre également un certain nombre d'éléments accessoires purement factuels touchant aussi bien à la scolarité qu'à la santé de l'enfant. Par exemple : les parents sont de droits destinataires de tous documents liés à la scolarité de leur enfant : circulaire n° 2006-137 du 25 août 2006 relative au rôle et à la place des parents à l'école. Il peut également s'agir d'accompagner l'enfant lors de ses consultations médicales ; v. ANESM, « L'exercice de l'autorité parentale dans le cadre du placement », *op. cit.*, pp. 49 à 54.

⁵ Art. 375-2 al. 3 C. civ.

⁶ V. A. Deiss, « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP* 1983, I, p. 3125. ; G. Mémeteau, « Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé », *RDSS* 1983, p. 535 ; J-F. Eschylle, « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineurs célibataires », *RDSS* 1997, p. 639 ; M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, *op. cit.*

525. Le juge des enfants peut autoriser à titre exceptionnel la réalisation d'un acte relevant de l'autorité parentale¹. Cette possibilité est strictement encadrée par la loi qui ne la prévoit qu'en raison d'un refus abusif ou injustifié des détenteurs de l'autorité parentale, ou de leur négligence, et sous réserve que le demandeur démontre en quoi l'acte est nécessaire à la préservation de l'intérêt de l'enfant. Ces précautions prouvent que les décisions des parents-mineurs ou de leurs parents, malgré leurs difficultés, bénéficient toujours d'une présomption de conformité avec l'intérêt de l'enfant respectif. C'est au service de démontrer la nécessité de l'acte ; dans le cas contraire l'opposition parentale n'est ni abusive ni injustifiée et leur inaction ne peut s'assimiler à une négligence. Il peut s'agir sur le plan scolaire de déterminer la future orientation de l'enfant², finaliser son inscription³ ou sur le plan médical d'autoriser une intervention spécifique⁴.

526. La doctrine n'est pas unanime concernant la nature juridique de cette mesure. Si certains y voient une « petite délégation »⁵ au bénéfice de la personne à laquelle l'enfant est confié, d'autres s'y refusent⁶. Une première réponse a été fournie par la Cour d'appel de Montpellier dans un arrêt de 13 août 2015, qui estime « que la délégation de l'autorité parentale est régie par les articles 377 et suivants du Code civil, [...] est de la compétence exclusive du juge aux affaires familiales et ne doit pas être confondue avec "l'autorisation exceptionnelle" prévue par l'article 375-7 du Code civil dans le cadre de l'assistance éducative »⁷. La Cour de cassation a confirmé cette analyse dans un arrêt du 4 janvier 2017⁸. En l'espèce, un juge des enfants avait autorisé l'Aide Sociale à l'Enfance à effectuer toutes les démarches liées à la scolarité et aux loisirs de l'enfant confié au lieu et place de ses parents. L'ordonnance ayant été confirmée en appel, la mère a formé un pourvoi en cassation, estimant que la Cour s'était prononcée sans caractériser l'existence d'un refus abusif ou injustifié de sa part ou d'une négligence, pas plus que la nécessité de l'étendue de cette mesure qui comprenait l'ensemble des démarches liées à la scolarité et aux loisirs de l'enfant. La Cour de cassation a cassé l'arrêt confirmatif en rappelant les dispositions de l'article 375-7 alinéa 2 du Code civil et en insistant sur l'absence de délimitation dans le temps de la mesure ordonnée. Au-delà de la seule question de la durée, la Cour a rappelé que cette autorisation judiciaire ne peut s'assimiler à une délégation d'autorité parentale, même limitée à certains aspects de la vie de l'enfant. L'article 375-7 ne fait qu'envisager une autorisation judiciaire, à savoir, « la permission d'agir d'une manière déterminée qu'il appartient au juge d'accorder dans les cas spécifiés par la loi »⁹.

¹ Art. 375-7 C. civ.

² CA Rouen, 13 avril 2010, n°RG 10/00182.

³ CA Lyon, 20 janvier 2015, n°RG 14/00143.

⁴ CA Limoges, 16 févr. 2015, n°RG 14/00081.

⁵ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale. -Assistance éducative. -Modalités, effets. », *op. cit.*, n°136.

⁶ P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n°800, p. 505.

⁷ CA Montpellier, 13 août 2015, n° RG 15/01072.

⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, n° 15-28935 publié au Bulletin ; *D.* 201, p. 62 ; *AJ fam.* 2017, p. 138, obs. P. Pedron ; *RTD. civ.* 2017, p. 117, obs. J. Hauser ; *RLDC*, 1^{er} juillet 2017, comm. *D.* Autem ; *JCP G* 2017, doct. 186, n° 15, obs. Y. Favier ; *RJPF* 2017-3, p. 40, obs. A. Cheynet de Beaupré.

⁹ *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « autorisation ».

Conformément à la lettre de ce texte, l'autorisation ne peut porter que sur un acte déterminé relevant normalement de l'autorité parentale et non sur des pans entiers de ce droit que sont la scolarité, les loisirs ou encore la santé, au risque de vider l'autorité parentale de toute sa substance. Le juge des enfants ne peut donner une autorisation à portée générale¹, sauf à empiéter sur la délégation de l'autorité parentale². L'autorisation de l'article 375-7 du Code civil n'a pas d'autre but que de débloquer une situation dans laquelle le refus ou l'inaction du parent fait obstacle à la réalisation d'un acte juridique nécessaire à la préservation des intérêts de l'enfant. Cette autorisation doit donc rester circonstanciée et sa durée ne peut excéder le temps requis pour la réalisation de l'acte, sous peine de caducité. L'autorité décisionnelle est conservée par les parents, elle n'est écartée qu'à titre exceptionnel, dans le seul but de préserver les intérêts de l'enfant et assurer la continuité de sa protection. En pratique, cela conduit la personne à solliciter une autorisation chaque fois que le parent refuse ou s'abstient de réaliser un acte nécessaire à l'intérêt de l'enfant. La récurrence des refus injustifiés, abusifs du parent ou de son inaction doit inciter la personne à laquelle l'enfant est confié à prévoir une solution autre qu'une autorisation qui revêt un caractère exceptionnel et privilégier une délégation de l'autorité parentale³, ou dans les cas les plus difficiles, engager une procédure de retrait⁴. Si l'intervention du juge des enfants permet d'aménager l'autorité des parents, elle ne peut le faire que de manière proportionnée au besoin de protection de l'enfant et sans perdre de vue l'objectif de la restauration de l'autorité parentale. Même confié à un tiers, l'enfant demeure soumis à l'autorité de ses parents, à l'exception du droit de garde qui est transféré. La protection de l'enfance n'a donc pas vocation à mettre fin à la superposition des autorités qui caractérise la situation juridique des parents-mineurs, elle ne peut qu'en harmoniser l'exercice chaque fois que le parent-mineur ou son enfant se trouvent dans une situation de danger.

2. Le maintien des obligations des parents à l'égard de leur enfant

527. La protection de l'enfance ne fait pas que préserver les droits des parents, mais également leurs devoirs et obligations. Les effets juridiques nés de la filiation se poursuivent en dépit des difficultés parentales par le maintien des relations et de la solidarité familiale. L'exécution des obligations par le parent contribue à maintenir son implication dans la prise en charge de l'enfant et conditionne l'efficacité de l'action éducative⁵. L'autonomie dans l'exercice de l'autorité parentale implique l'aptitude de la personne à exercer ses droits, mais également sa capacité à assumer ses obligations. Chaque parent est tenu de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant selon ses besoins et en fonction de leurs ressources respectives⁶. Le parent chez lequel l'enfant ne réside pas doit bénéficier d'un droit de visite

¹ V. obs. P. Pedron, sous Cass., civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, *op. cit.* ; A. Gouttenoire, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *D.* 2007, p. 1090.

² Sur la notion v. *infra* n°s 651 s.

³ V. obs. Y. Favier, sous Cass., civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, *op. cit.*

⁴ V. *infra* n°s 565 s.

⁵ M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, n° 273, p. 184.

⁶ Art. 371-2 C. civ.

et d'hébergement¹. Bien qu'il soit désigné comme un droit, l'article 373-2 du Code civil rappelle que « chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ». Ce droit est également une obligation² et le juge ne peut le refuser qu'en raison d'un motif grave³. Tant que l'action éducative se limite à une aide de nature administrative, elle se fait dans le respect le plus strict des droits et obligations des parents. Toute modification de l'organisation des relations familiales ou de l'exécution des obligations mises à leur charge doit faire l'objet d'un accord préalable des parents, mineurs ou non, repris dans le cadre du projet pour leur enfant, ou à défaut, d'une décision du juge aux affaires familiales. Dans le cadre de l'assistance éducative, le juge aux affaires familiales et le juge des enfants peuvent intervenir afin d'organiser les relations entre l'enfant, son parent-mineur et son autre parent, entre le parent-mineur et ses parents ou tout autre tiers, qu'il soit membre de la famille ou non, ainsi que l'exécution de leurs obligations financières respectives. Ces interventions restent cantonnées à leurs domaines respectifs. Si le juge des enfants est compétent pour tout ce qui concerne l'assistance éducative⁴, il demeure un juge spécialisé et ne peut empiéter sur le domaine réservé au juge aux affaires familiales.

528. Tant que l'enfant est maintenu dans son milieu habituel, l'objectif du juge des enfants n'est pas d'organiser ses relations avec son autre parent, les tiers membres de la famille ou non, ni même de modifier les modalités concernant leur contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, sauf cas de placement où il peut prévoir une contribution parentale. Il ne peut qu'imposer des obligations spécifiques, comme l'interdiction d'entretenir des relations avec une personne en particulier, la réalisation d'une dépense précise qu'il estime nécessaire pour préserver l'intérêt de l'enfant. Pour le surplus, les parents sont contraints de s'accorder, ou dans le cas contraire, saisir le juge aux affaires familiales. Certains auteurs estiment qu'il en va de même lorsque l'enfant est confié à son parent, le juge des enfants n'ayant pas vocation à organiser le droit de visite de l'autre parent⁵, sauf dans le cas où le maintien de ce droit représente en lui-même un danger pour l'enfant⁶.

529. Lorsque l'enfant est confié à une personne autre que ses parents, l'article 375-7 du Code civil prévoit dans son quatrième alinéa qu'ils conservent un droit de correspondance ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement dont les modalités sont fixées par le juge des enfants. La loi d'orientation du 29 juillet 1998⁷ a précisé à l'article 375-7 du Code civil que « le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché

¹ Art. 373-2-9 al. 3 C. civ.

² TGI Poitiers, 15 novembre 1999, BICC 15 novembre 2000, n° 1294 : Le droit de visite et d'hébergement s'analyse aussi comme un devoir pour le parent à qui il a été reconnu et son non-exercice est constitutif d'une faute sur le fondement de l'art. 1382 anc. [1240 nouv.] C. civ. ; M. Gomy, « Vers un devoir de visite et d'hébergement des enfants », *JCP N* 1999, p. 310 ; T. Fossier, « L'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés Quarante mois d'application de la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.*, juillet 2005, étude 15.

³ Art. 373-2-1 C. civ.

⁴ Art. 375-1 C. civ.

⁵ J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, Assistance éducative, Modalités, Effets », *op. cit.*, n° 119.

⁶ M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, n° 273.

⁷ Loi d'orientation n° 98-657, du 29 juillet 1998, relative à la lutte contre les exclusions, *JO* 31 juillet 1998, p. 11679.

dans l'intérêt de celui-ci et pour faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement par le ou les parents ». Lorsqu'il accorde un droit comprenant l'hébergement ou se limitant à des visites, le juge des enfants peut, chaque fois que l'intérêt de l'enfant l'exige, décider de sa suspension¹. Il peut également, par décision spécialement motivée, imposer la présence d'un tiers durant l'exercice des droits accordés aux parents-mineurs ou le cas échéant à leurs parents. Ces aménagements présentent des similitudes avec ceux dont dispose le juge aux affaires familiales², ce qui conduit à s'interroger sur le domaine de compétences du juge des enfants pour l'organisation des relations des parents et des tiers avec l'enfant confié. La Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 9 juin 2010 que « si le juge aux affaires familiales est en principe compétent pour fixer, dans l'intérêt de l'enfant, les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, le juge des enfants est seul compétent, en cas de placement, pour statuer sur ces modalités »³. Que le placement concerne le parent-mineur ou son enfant, le juge des enfants organisera ses relations avec son autre parent, ses grands-parents ou tout autre tiers qu'il soit membre de sa famille ou non. Lorsque la situation le permet, le juge fixe la nature et la fréquence des droits de visite et d'hébergement et peut décider que leurs conditions d'exercice soient déterminées conjointement entre les titulaires de l'autorité parentale et la personne, le service ou l'établissement à qui l'enfant est confié, dans un document qui lui est alors transmis⁴. Le juge décide des modalités de l'accueil de l'enfant en considération de son intérêt et en cas de danger, il peut prévoir l'anonymat du lieu d'accueil⁵. La rupture des liens entre l'enfant et ses parents-mineurs, les parents-mineurs et leurs parents, ou tout autre membre de sa famille n'est envisageable que dans l'intérêt des mineurs que l'on souhaite protéger, lorsqu'il existe un danger rendant incompatible le maintien de ses relations⁶. « Compte tenu de l'esprit de l'assistance éducative, le juge devra [...] user de la faculté de limitation de ces droits avec une grande modération et pour une période aussi courte que possible »⁷.

530. Cette recommandation vaut également pour l'obligation d'entretien qui permet de préserver un lien entre l'enfant et son parent⁸, avec pour objectif de les responsabiliser⁹. Cette obligation représente l'aspect patrimonial de la fonction parentale destinée à assurer la protection de l'enfant¹⁰. L'article 375-8

¹ V. sur la conformité de cette disposition à la Conv. EDH : CEDH, 19 sept. 2000, Benjamin G. c/ France, D. 2001, p. 725, note F. Rolin ; *Dr. fam.* 2000 comm. n° 150, obs. B. De Lamy.

² V. art. 373-2-1 C. civ. ; il convient d'observer que le texte fait explicitement référence la notion de danger alors qu'il se trouve dans les dispositions du droit commun de l'autorité parentale.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 9 juin 2010, n° 09-13.390, *Juris-Data* n° 2010-008750 ; *Bull. civ.* 2010, I, n° 130 ; *BICC* 1^{ère} novembre 2010, n° 1631 ; *JCP* 2010, p. 911, A. Gouttenoire ; *D.* 2010. 2343, note M. Huyette ; *AJ fam.* 2010, p. 325, obs. E. Durand ; *RTD civ.* 2010, p. 546, obs. J. Hauser ; sur les difficultés engendrées par cette question et la controverse jurisprudentielle v. *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 15 janvier 2009, n° 68, étude V. Norguin, pp. 65 à 71.

⁴ Art. 375-7 al. 5 C. civ. Le document en question est en théorie le projet pour l'enfant. Cependant en pratique, ce document est rarement réalisé par le service v. *infra* n° 539.

⁵ Art. 375-7 al. 6 C. civ.

⁶ Ex : CA Toulouse, 25 avril 2013, n° RG 12/00197.

⁷ C. Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971 chron. p. 28, n° 155.

⁸ J.-L. Bianco, P. Lamy, *L'aide à l'enfance demain, rapport au Ministère de la santé et de la sécurité sociale*, 1980, p. 33.

⁹ Ex : CA Riom, 10 octobre 2000, n° 00/00066, *Juris-Data* n° 2000-125409.

¹⁰ M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, n° 277.

du Code civil¹ prévoit que « les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés [...] »². Le texte ne fait pas de distinction selon la nature de la mesure³. Tant que l'enfant est maintenu dans son milieu, il demeure à la charge du parent au domicile duquel il réside de manière habituelle. Dans le cas des parents-mineurs, la charge de l'enfant reposera sur son parent-mineur qui lui-même dépend de ses parents⁴. Le parent chez lequel l'enfant ne réside pas doit également y contribuer conformément à l'article 371-2 du Code civil. L'obligation d'entretien et la solidarité familiale demeurent dans le cas d'un placement. Lorsque le parent-mineur est confié avec son enfant à un tiers, ses parents restent soumis à l'obligation d'entretien ainsi qu'à l'obligation alimentaire concernant l'enfant du mineur. Le départ de l'enfant du domicile familial n'a aucune incidence sur ces obligations et la contribution est versée directement entre les mains de la personne ou de l'établissement auquel l'enfant a été confié.

531. L'article 375-8 du Code civil prévoit la faculté pour le juge des enfants de décharger les parents ou les débiteurs alimentaires de tout ou partie de leurs obligations respectives. Cette dispense peut être accordée en raison de leurs faibles ressources, car ils ne sont tenus de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant qu'à hauteur de leurs revenus. Le juge des enfants peut dispenser les parents de contribution, compte tenu de leur état d'impécuniosité. En pratique, cette dispense peut être accordée pour favoriser l'adhésion de parents hostiles à toute participation financière qui leur serait imposée. Un auteur voit dans ces dispenses l'expression d'une vision sociale de la protection de la famille au détriment des règles civiles qui l'organisent, estimant que ces dispenses iraient à l'encontre de la logique de la protection de l'enfance et favoriseraient une démobilisation du parent dans sa fonction⁵. Il convient de rappeler que cette contribution peut être purement symbolique ou s'effectuer en nature, le parent devant par exemple contribuer aux frais de vêture. Même dispensé de contribution, le parent continue de participer à l'entretien de l'enfant en l'accueillant de façon régulière à son domicile dans le cadre du droit qui lui a éventuellement été accordé, droit et obligation qu'il peut aussi exécuter de manière spontanée. Le juge peut également les dispenser, mais décider que les prestations familiales auxquelles l'enfant ouvre droit seront dorénavant versées à la personne ou au service gardien. À l'inverse, lorsque la précarité familiale est telle que leur subsistance dépend directement de ces sommes, le juge peut dispenser les parents ou l'un d'entre eux de participation financière, tout en ordonnant qu'ils conservent le bénéfice des prestations familiales auxquelles l'enfant ouvre droit⁶. Par ce biais, le juge veille à ce que le parent dispose des ressources nécessaires à l'exécution de ses obligations. Cette volonté

¹ V. sur la création de cette disposition : P. Robert, « Une autre assistance éducative », *RTD. civ.* 1972, p. 26.

² V. également art. 1197 CPC.

³ Concernant l'aide éducative v. *contra* : M. Huyette, *Guide de la protection judiciaire de l'enfant, op. cit.*, p. 317.

⁴ V. *supra* n° 162.

⁵ M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental, op. cit.*, n° 275 s.

⁶ V. J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, Assistance éducative, Modalités, Effets », *op. cit.*, n° 145 ; F. Monéger, « La relation de charge dans les prestations familiales », *RDSS* 1994, p. 620.

ressort de l'article L. 521-2, alinéa 4 du Code de la sécurité sociale qui prévoit que le juge peut « décider, d'office ou sur saisine du président du Conseil [départemental], à la suite d'une mesure prise en application des articles 375-3 et 375-5 du Code civil (...) de maintenir le versement des allocations à la famille, lorsque celle-ci participe à la prise en charge morale ou matérielle de l'enfant ou en vue de faciliter le retour de l'enfant dans son foyer ». Le juge des enfants a la possibilité d'attribuer les sommes auxquelles l'enfant ouvre droit au parent-mineur, à son parent ou à tout autre personne amenée à prendre en charge l'enfant quand bien même elle ne serait pas permanente. Il peut également prévoir le cas échéant, que les sommes auquel le parent-mineur ouvre droit¹ seront reversées à la personne ou au service auquel il est confié, qui pourra les lui reverser pour qu'il puisse subvenir à l'entretien de son enfant. L'intervention du juge permet d'assouplir les règles relatives au versement des allocations familiales pour restaurer l'autonomie du parent dans l'exercice de son autorité parentale.

B- Les droits reconnus aux personnes assumant la prise en charge de l'enfant

532. Plus le parent rencontre de difficultés dans sa fonction plus les tiers seront amenés à s'impliquer dans la prise en charge de l'enfant. Qu'elle soit ponctuelle ou quotidienne, la prise en charge du tiers ne met pas fin à l'autorité parentale. Si l'intervention du tiers est nécessaire pour pallier les difficultés parentales, il n'a pas vocation à les occulter. L'intervention du tiers est soumise à l'esprit de la protection de l'enfance et doit par son action contribuer à la restauration de l'autonomie des parents dans l'exercice de leur autorité. Les prérogatives accordées au tiers sur l'enfant se limitent au strict nécessaire pour l'accomplissement de sa mission auprès du parent-mineur ou de son enfant (1). Son statut est marqué par sa précarité, bien que la loi envisage la possibilité de maintenir ses liens avec l'enfant une fois sa mission achevée (2).

1. Les prérogatives dévolues aux tiers assurant la prise en charge de l'enfant

533. Tant que l'enfant est maintenu dans son environnement familial, la place accordée au tiers se limite à un rôle d'observateur et de conseil, avec pour mission d'accompagner le parent dans l'exercice de son autorité parentale. Les parents-mineurs, et le cas échéant, leurs parents, conservent la charge de leur enfant respectif au quotidien, ils continuent de décider et d'agir dans l'intérêt de celui-ci, sans que le tiers chargé d'exercer la mesure puisse interférer dans ces choix. L'action parentale continue de bénéficier d'une confiance *a priori*, en dépit du contrôle et de l'accompagnement mis en place dans le cadre de la protection de l'enfance. Il n'y a donc pas lieu d'accorder au tiers de prérogatives pouvant concurrencer l'autorité parentale. Ce n'est que lorsque l'enfant est confié qu'il est indispensable d'accorder au tiers qui assume sa prise en charge quotidienne des prérogatives destinées à garantir la

¹ Cela implique qu'il ne soit pas lui-même allocataire, v. *supra* nos 162 et 163.

continuité de sa protection. Comme l'objectif de l'action éducative ne se limite pas à garantir la protection de l'enfant, mais également à restaurer l'autonomie du parent dans sa fonction, les prérogatives accordées au tiers se restreignent à ce qui est strictement nécessaire pour accomplir leur mission et ne peuvent constituer une entrave à l'exercice normal de l'autorité parentale¹.

534. Quand l'enfant est confié par décision judiciaire, il convient de distinguer trois catégories d'actes. L'une d'elles concerne les actes usuels dont le régime est prévu à l'article 373-3 du Code civil et selon lequel « la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation ». La détermination de l'enfant concerné par cette disposition n'implique généralement aucune remarque spécifique, la situation particulière des parents-mineurs, conduisant à apporter une première précision. Quand la mesure de placement est ordonnée au bénéfice du parent, son enfant avec lequel il réside de manière habituelle l'accompagne également sur son lieu de placement. Le texte limite explicitement l'aptitude du tiers à accomplir tous les actes usuels relatifs à la surveillance et l'éducation de l'enfant qui lui est confié. En l'absence de décision judiciaire confiant également l'enfant du mineur à un tiers, il reste sous l'autorité exclusive de son parent-mineur. À l'inverse, les prérogatives accordées au tiers sur le parent-mineur qui lui est confié ne s'étendront pas à son enfant, mais pourront potentiellement générer des interférences, au même titre que l'autorité parentale à laquelle ils demeurent soumis.

535. Le texte envisage par ailleurs une double restriction à l'intervention du tiers. La première concerne la nature des actes qualifiés d'« usuels ». La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 28 octobre 2011, les a définis « comme des actes de la vie quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principe essentielle et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une pratique antérieure non contestée »². La seconde limitation concerne les domaines dont ces actes relèvent. Il ne peut s'agir que d'actes usuels portant sur la surveillance ou l'éducation de l'enfant confié. Tous les actes qui n'entrent pas dans l'une ou l'autre de ces deux catégories demeurent en principe dans le champ exclusif de l'autorité parentale³. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence indique dans son arrêt que ces actes usuels pourraient être utilement précisés dans le projet pour l'enfant et définis avec les parents lors de l'accueil de l'enfant, selon les usages de l'organisation interne du service. Il convient de s'interroger sur l'opportunité de cette solution, car en pratique, il est difficile d'établir une liste exhaustive des différents actes usuels en raison de leur nombre important, il conviendrait plutôt d'adopter la proposition formulée par l'Observatoire national de la Protection de

¹ M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, n°s 415 s.

² CA Aix-en-Provence 28 octobre 2011, n° RG 11/00127, cité *in*, P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Dalloz action, 7^{ème} éd., 2016, n° 234.32, p. 974 ; *JDJ* vol. 314, n° 4, 2012, pp. 50-56.

³ Cette limitation n'apparaît pas toujours, car le juge peut habiliter le service « à effectuer tous les actes usuels de la vie courante du mineur », sans en spécifier les domaines : ex. CA Rennes, 24 janvier 2014, n° RG 13/00060 ; CA Rennes, 22 février 2013, n° RG 12/00320 ; CA Rennes, 5 juillet 2013, n° RG 12/00375.

l'Enfance en préconisant la solution inverse qui consiste à indiquer les actes que le tiers ne peut pas accomplir et qui demeurent exclusivement réservés aux parents¹.

536. La loi du 5 mars 2007 a fait du projet pour l'enfant l'outil destiné à organiser les relations entre les parents, le service auquel l'enfant est confié et s'il y a lieu, avec le tiers accueillant². L'article D. 223-13 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que ce document « est établi dans un objectif de construction commune entre les titulaires de l'autorité parentale, l'enfant, les tiers impliqués dans la vie de l'enfant, les services départementaux et, le cas échéant, le service ou l'établissement auquel le juge a confié la mesure ». Il doit préciser « le cas échéant, les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement des titulaires de l'autorité parentale ainsi que des autres personnes de son entourage »³ et prévoir également une annexe relative aux actes usuels⁴. Cette annexe est destinée à lister les actes qu'un auteur qualifie d'« important »⁵. Ces actes dit « important » ne sont évoqués que dans le cadre spécifique de l'action éducative en tant que sous ensemble de la catégorie des actes usuels. Il s'agit d'actes usuels qui, en raison de l'importance particulière qu'ils représentent pour le service, les parents ou l'enfant lui-même, ne pourront être accomplis par la personne physique ou morale à qui l'enfant est confié au nom du service de l'Aide Sociale à l'Enfance, qu'après en avoir référé préalablement au service et après avoir informé les titulaires de l'autorité parentale selon les modalités prévues dans le cadre de ce document⁶. Ces actes qualifiés d'important ne modifient en rien le fonctionnement de l'autorité parentale, car ils demeurent pour les parents des actes usuels soumis à l'article 372-2 du Code civil. La notion d'acte important n'intervient ici que dans la relation entre le tiers qui accueille l'enfant et le service auquel il a été confié.

537. Enfin, la dernière catégorie comprend les actes graves dont la réalisation demeure soumise à l'autorisation des parents titulaires de l'autorité parentale, et en cas de désaccord, à une éventuelle autorisation judiciaire⁷. Ces actes font suite aux « décisions qui supposeraient en l'absence de mesure de garde, l'accord des deux parents, ou qui encore, en raison de leur caractère inhabituel ou de leur incidence particulière dans l'éducation et la santé de l'enfant, supposent une réflexion préalable sur leur bien-fondé. »⁸ Bien qu'il soit mis fin à l'obligation de cohabitation avec l'enfant, le parent-mineur et ses

¹ Oned/ONPE, *Protection de l'enfant : les nouvelles les nouvelles dispositions issues de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant* [en ligne], mars 2016 http://oned.gouv.fr/system/files/publication/20160315_notedactu_loipe.pdf, spéc. p. 14. [consulté le 1^{er} octobre 2019].

² V. sur ce point : Oned/ONPE, Cinquième rapport au Gouvernement et au Parlement, avril 2010 [en ligne], http://www.oned.gouv.fr/system/files/publication/ra_oned_5_201004_5.pdf, spéc., pp. 39 s. [consulté le 1^{er} octobre 2019].

³ Art. D. 223-14 CASF.

⁴ Art. D. 223-17 al. 1 CASF.

⁵ S. Moisson-Chataigner, « Les rapports du service d'Aide Sociale à l'Enfance avec les parents de l'enfant placé », *RDSS* 2017, p. 837 ; à ne pas confondre avec l'« acte important » envisagé dans l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers qui n'a pas vu le jour et qui s'assimilait à la définition de l'acte grave ; v. sur cet avant-projet : J. Léonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, octobre 2009, *La doc. fr.*

⁶ Art. D. 223-17 al. 2 CASF.

⁷ V. *supra* n° 526.

⁸ CA Aix en Provence, 28 octobre 2011, n° RG 11/00127, *op. cit.*

parents continuent de décider des grandes orientations concernant l'éducation, la santé et les différentes activités pouvant être organisées au profit de leur enfant respectif. La limitation de l'intervention du tiers aux actes usuels contribue à préserver les liens existants entre le parent et son enfant, tout en favorisant le déroulement du travail éducatif destiné à restaurer l'autorité parentale en préservant autant que possible son exercice, l'intervention du juge des enfants étant limité aux situations de blocage où l'inaction parentale ou leur refus de réaliser un acte grave, porte atteinte aux intérêts de l'enfant. Dans ces situations, le juge pourra être amené à autoriser le service à réaliser un acte en dépit de sa gravité. L'impératif de protection de l'enfant vient légitimer l'atteinte portée aux droits conservés par ses parents, qu'il s'agisse des parents-mineurs ou de leurs parents.

538. Dans le cadre de la protection administrative de l'enfance, les relations entre les parents et l'administration reposent sur un socle statutaire imposant de grands principes directeurs¹ qui s'inscrivent dans un strict respect des prérogatives parentales. Il n'y a donc pas lieu d'articuler la mesure et l'intervention du tiers avec l'autorité parentale, car l'autorité demeure en principe le seul mécanisme décisionnel assurant la protection de l'enfant, ce qui explique que cette question ne soit que peu développée. Pourtant, qu'il s'agisse de la protection sociale ou de la protection judiciaire, l'enfant peut être confié à un tiers qui sera chargé de veiller sur lui au quotidien. « Son placement perturbe nécessairement le modèle d'éducation fondé sur une relation duale entre les parents et l'enfant »². Même dans le cadre administratif, il est nécessaire d'envisager l'octroi de certaines prérogatives indispensables au tiers pour la prise en charge quotidienne de l'enfant. Il n'existe pas d'équivalent à l'article 373-4 du Code civil au sein du Code de l'action sociale et des familles permettant au tiers d'accomplir tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant dans le cadre d'un placement administratif. En théorie, toutes les décisions, usuelles, importantes ou graves, relèvent de l'exercice exclusif de l'autorité parentale en l'absence de dérogation légale permettant à un tiers d'agir sans l'information et le consentement des père et mère³. Les dispositions encadrant le projet pour l'enfant permettent de surmonter cette difficulté, ce qui fait de ce document le moyen de formaliser l'intervention de l'administration au sein de la famille⁴. Ce document est établi par le président du Conseil départemental pour tout enfant bénéficiant d'une prestation d'Aide Sociale à l'Enfance, hors aides financières, ou d'une mesure de protection judiciaire. Il a donc une vocation transversale. Le département sera tenu de dresser la liste des actes importants pour lesquels le tiers avise le service ainsi que les parents avant leur réalisation. Si le tiers ne peut pas réaliser les actes graves dans le cadre d'une mesure judiciaire, cette prérogative ne peut valablement lui être accordée dans un cadre administratif.

¹ V. sur ce point : S. Traoré, *L'usager du service public*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2012 ; J.-M. Lhuillier, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, éd. Presses EHESP, 5^{ème} éd., 2015.

² S. Moisdon-Chataigner, « Les rapports du service d'Aide Sociale à l'Enfance avec les parents de l'enfant placé », *op. cit.*

³ Ex. : art. L. 1111-4 al. 7 CSP.

⁴ F. Capelier, « Enjeux et particularités de la contractualisation en protection de : l'exemple du PPE. », *Sociétés et jeunesses en difficultés*, printemps 2012, n° 13.

Reste la question des actes usuels. Faute de disposition similaire à l'article 373-4 du Code civil, le tiers doit demander l'accord des père et mère avant de les accomplir, en l'absence de délégation d'autorité parentale. Cette solution peine à être mise en pratique, car trop contraignante pour le tiers qui doit solliciter systématiquement l'autorisation des parents pour organiser le quotidien de l'enfant. Pour remédier à cette difficulté, il reviendrait au tiers de solliciter une délégation d'autorité parentale sur le fondement de l'article 377 du Code civil, ou à l'administration de faire sienne la formulation de l'article 373-4 du Code civil et de l'intégrer au projet pour l'enfant. En 2015, l'Observatoire national de l'Enfance en Danger notait que la très grande majorité des trames utilisées au sein des départements qui avaient mis en œuvre le projet pour l'enfant étaient communes aux mesures administratives et judiciaires¹, malgré les différences caractérisant ces deux domaines. Si cette mention ne fait que rappeler le dispositif légal dans le cas d'un placement judiciaire, elle permet de recueillir l'adhésion des parents à la réalisation des actes usuels par le tiers sur l'enfant qui lui est confié dans le cadre administratif. Faute d'encadrement suffisant des moyens et de temps nécessaire pour une mise en œuvre effective du projet pour l'enfant², l'ONED observe que la réalisation de ce document peine à s'intégrer dans les pratiques des services départementaux de protection de l'enfance. Si l'organisation des relations entre le service et les parents bénéficie d'un cadre légal en cas de placement judiciaire, il n'en va pas de même lorsque cette décision est prise dans un cadre administratif. En l'absence de projet pour l'enfant, la capacité accordée au tiers auquel l'enfant est confiée sur décision du président du Conseil départemental, résulte au mieux d'un accord tacite donné par les parents au moment du consentement au placement dépourvu de véritable valeur juridique, sauf à y voir un mandat tacite et sous réserve que l'existence d'un tel mandat ne contrevienne pas aux dispositions de l'article 376 du Code civil. Le transfert de la garde n'est pas systématique dans le cadre de l'aide éducative, car il revient au juge de déterminer au cas par cas si la décision de placement administratif emporte le transfert de la garde juridique de l'enfant à l'administration, mais également la responsabilité sans faute pour les dommages qu'il pourra éventuellement causer pendant la durée de sa prise en charge³. Il s'agit de vérifier que la prise en charge par l'Aide Sociale à l'Enfance est bien durable et globale. Dans le cas contraire, il n'y a pas transfert de garde, car la responsabilité de plein droit des dommages causés par l'enfant qui en est la contrepartie ne sera pas retenue. Bien que l'imprécision de ce cadre juridique soit compensée par la possibilité offerte aux parents de mettre fin à tout moment à la mesure, subsiste la question de sa conformité à la nature

¹ Oned/ONPE, *Le projet pour l'enfant : état du questionnaire*, avril 2015.

² Oned/ONPE, *Le projet pour l'enfant : état des lieux dans 35 départements au premier semestre 2009* [en ligne], novembre 2009, [consulté en juin 2019] : http://www.oned.gouv.fr/system/files/publication/rapport_ppe_200911_5.pdf ; Oned/ONPE, *Le PPE : état des lieux, enjeux organisationnels et pratiques* [en ligne, consulté le 1^{er} octobre 2019], juillet 2016, https://www.onpe.gouv.fr/system/files/publication/rapport_ppe_2016.pdf, spéc. : préconisations nos1, 2, 3, 11,. Il convient de noter que la première de ces préconisations s'intitule « Le respect du cadre légal », ce qui en dit long sur les pratiques en protection de l'enfance ; v. sur ce point : la décision du Défenseur des droits, du 24 avril 2015, MDE 2015-103 : « Huit ans après l'adoption de la loi, le Défenseur des droits a pu constater, au regard des situations individuelles dont il est saisi, que le projet pour l'enfant (PPE) n'est pas systématiquement élaboré lorsqu'une mesure éducative est exercée auprès d'un enfant, alors même qu'il s'agit d'une obligation légale ».

³ CE, 26 mai 2008, n° 290495, *Lebon* 2008 ; CE, 1^{er} juillet 2016, n° 375076, *Lebon* 2016.

d'ordre public de l'autorité parentale. Le simple fait d'organiser les relations entre l'enfant et ses parents porte nécessairement atteinte à l'exercice de ce droit et ne peut en l'état actuel s'envisager sans l'intervention d'un juge ou se limiter à une vérification *a posteriori*. Faute de cadre légal suffisant, le tiers ne peut déroger aux dispositions encadrant l'exercice normal de l'autorité parentale et ne dispose d'aucune prérogative sur l'enfant qui lui est confié.

2. *Vers une harmonisation du statut du tiers assurant la charge quotidienne de l'enfant*

539. La protection de l'enfance voit dans l'action du tiers, qu'il soit membre de la famille ou non, une alternative permettant de pallier les difficultés rencontrées par les parents dans la prise en charge de leur enfant. Le recours à la parentalité permet de remédier aux carences dans la protection offerte par l'autorité parentale. La DRESS estime à 341 000, le nombre de mesures prises dans le cadre de l'Aide Sociale à l'Enfance fin 2017¹, dont 52 % sont des mesures de placement² qui résultent dans 79 % des cas d'une décision judiciaire³. Seules 21 % sont d'origine administrative, ce qui représente 37 237 mesures d'accueil provisoire pour lesquelles le tiers accueillant ne bénéficie d'aucune prérogative à l'égard de l'enfant. La réalisation des actes usuels est cantonnée au statut de tiers de confiance qui est lui-même restreint au cadre purement judiciaire. Par la possibilité de confier l'enfant sur décision administrative, le législateur a permis à l'administration avec l'accord des parents de retirer l'enfant du domicile familial conformément à l'article 371-3 du Code civil, et de transférer le droit de garde, sans octroyer à ce tiers d'autres prérogatives nécessaires à cette prise en charge quotidienne, sauf à solliciter une délégation d'autorité parentale. Si la délégation de l'article 377 du Code civil permet d'attribuer un statut au tiers accueillant en lui confiant l'exercice de tout ou partie de l'autorité parentale, cette mesure demeure conditionnée à un critère de nécessité qui se cantonne aux situations où les défaillances des parents sont les plus graves⁴, situations que l'on retrouve dans le cadre de l'action éducative. Le recours à cette procédure apparaît disproportionné lorsqu'il se cantonne aux actes usuels indispensables à la prise en charge quotidienne de l'enfant. La gestion de son quotidien par le tiers repose sur une situation de pur fait.

540. En l'absence de délégation, il n'est pas possible de déduire des dispositions actuelles encadrant la réalisation du projet pour l'enfant et plus particulièrement de celles faisant mention de son annexe relative aux actes usuels⁵, un principe de portée générale permettant au tiers de réaliser les actes usuels,

¹ DRESS, « 341 000 mesures d'Aide Sociale à l'Enfance en cours fin 2017 », *étude et résultat*, octobre 2018, n° 1090, <https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/er1090.pdf>, [en ligne consulté le 1^{er} octobre 2019]

² Soit : 177 320 mesures de placement.

³ Soit : 140 083 mesures judiciaires de placement.

⁴ V. *infra* nos 547 s.

⁵ Art. D. 223-17 CASF.

comme soutenu par l'administration¹. Le premier obstacle à ce raisonnement est que le projet pour l'enfant doit être élaboré pour chaque mesure éducative prise dans son intérêt sans distinction de son origine ; comme le tiers n'est autorisé à réaliser les actes usuels que dans un cadre judiciaire, l'annexe relative aux actes usuels dont fait mention l'article D. 223-17 du Code de l'action sociale et des familles se limite au placement pris en assistance éducative par le juge des enfants. Il convient également de relever que cet article est issu d'un décret du 28 septembre 2016² qui lui donne une valeur réglementaire, il ne peut donc porter atteinte à une norme qui lui est supérieure. Le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale figurant à l'article 376 du Code civil bénéficie d'un rang législatif³ qui lui octroie une valeur *supra* décrétole. La pratique qui consiste à permettre au tiers de réaliser tous les actes usuels concernant l'enfant en lieu et place du parent-mineur ou de ses parents, en dehors de toute décision judiciaire est *contra legem*.

541. La déjudiciarisation de la protection de l'enfance rencontre ici son plus grand écueil. Cette différence de statut du tiers dans le placement judiciaire et administratif s'explique en raison du transfert ou non de la garde de l'enfant. En confiant l'enfant à un tiers, le juge ne fait pas que modifier sa résidence, il transfère également de plein droit la garde du parent vers le tiers. Ce principe du transfert de la garde du mineur au tiers par décision judiciaire a été consacré par l'arrêt Blicke⁴, en dégagant de l'alinéa premier de l'article 1242 du Code civil⁵ un principe de responsabilité générale du fait d'autrui selon lequel la responsabilité civile des personnes physiques ou morales est engagée de plein droit pour les dommages causés par les personnes lorsqu'elles ont accepté la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent leur mode de vie⁶. C'est bien parce que le tiers accepte d'assumer la charge de l'enfant

¹ V. les informations présentes sur le site officiel de l'administration française, selon lesquelles : « La famille d'accueil, l'établissement ou le tiers bénévole à qui l'enfant a été confié accompli tous les actes relatifs à sa surveillance et à son éducation » dans le cadre d'un placement volontaire d'un enfant par ses parents : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F959>, [consulté le 08 juin 2019] ; pour une illustration au niveau départemental le site du Département du Pas de Calais qui énonce que dans le cadre de l'accueil provisoire : « Les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation (activité sportive et culturelle, soin médicaux habituels, etc.) peuvent être autorisés par l' ASE ou l'établissement d'accueil, avec information aux parents » source : <http://www.pasdecals.fr/Solidarite-Sante/Reglement-Departement-d-Aide-Sociale/La-politique-departementale-en-faveur-de-l-enfance-et-de-la-famille/Les-aides-et-les-accompagnements-en-faveur-des-familles-et-des-enfants/Les-differents-modes-d-accueil/L-accueil-de-l-enfant/L-accueil-provisoire/L-accueil-provisoire-d-un-mineur-a-la-demande-des-detenteurs-de-l-autorite-parentale> [consulté le 1^{er} octobre 2019].

² Décret n° 2016-1283 du 28 septembre 2016 relatif au référentiel fixant le contenu du projet pour l'enfant prévu à l'article L. 223-1-1 du Code de l'action sociale et des familles, *JO*, 30 septembre 2016, texte n° 49.

³ Créé par la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO*, 5 juin 1970, p. 5227.

⁴ Cass., ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15231, *Juris-Data* n° 1991-001098 ; *Bull. civ.*, 1991, ass. plén. n° 1 ; *JCP G*, 1991, II, 21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin ; *D.* 1991, p. 324, note Larroumet et somm. p. 324, note J.-L. Aubert ; *Deffrénois* 1991, art. 35062, obs. Aubert ; *RTD. civ.* 1991, p. 541, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 413, note F. Chabas ; G. Viney, « Vers l'élargissement de la catégorie "des personnes dont on doit répondre", la porte ouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.* 1991, chron. p. 157 ; Le Conseil d'État ayant adopté le même raisonnement lorsque l'enfant est confié par le juge des enfants à l'Aide Sociale à l'Enfance : CE, 11 février 2005, n° 252169, *Juris-Data* n° 2005-067899 ; *JCP G*, 2005, II, p. 10070, concl. Devys, commissaire du gouv. et note M.-C. Rouault ; *D.* 2005, p. 1762, note F. Lemaire ; *JCP A* 2005, p. 1132, J. Moreau, *AJDA* 2005, p. 63, note Landais et Lenica ; *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. p. 192, Ch. Guettier ; *Dr. fam.* 2005, comm. p. 173, X. Dupré de Boulois ; CE 17 décembre 2008, n° 301705, *RDSS* 2009, p. 374, note D. Cristol ; CE, 3 juin 2009 n° 300924, *RDSS* 2009, p. 768, note D. Cristol.

⁵ Anc. art. 1384 C. civ.

⁶ Concernant le transfert de la garde juridique dans le cadre de l'assistance éducative : J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale, Assistance éducative, Modalités, Effets », *op. cit.*, n°s 161 ss. ; A. Gouttenoire, C. Radé, « La responsabilité du fait du mineur placé », *AJ. fam.*, 2007, p. 69.

et d'organiser son mode de vie que la loi lui confère également le droit de réaliser tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation. En l'absence de ce transfert, le tiers n'a ni à assumer l'obligation de surveillance de l'enfant, ni à veiller à son éducation qui demeure de la seule responsabilité de ses père et mère. Le transfert de la garde n'est pas systématique en matière administrative, le juge doit rechercher si la décision par laquelle le président du Conseil départemental avait décidé de prendre l'enfant en charge, formalisée dans des contrats de placement, a pour effet de transférer au département la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler sa vie pendant la durée de cette prise en charge¹. Le juge administratif est donc tenu de vérifier l'impact concret de la décision administrative sur l'organisation de la vie de l'enfant. Pour ce faire, il doit vérifier si « compte tenu des conditions d'accueil du mineur, notamment la durée de cet accueil et le rythme des retours du mineur dans sa famille, ainsi que des obligations qui en résultent pour le service d'Aide Sociale à l'Enfance et pour les titulaires de l'autorité parentale, la décision du président du Conseil départemental, avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale, s'analyse comme une prise en charge durable et globale de ce mineur, pour une période convenue, par l'Aide Sociale à l'Enfance »². Ce n'est qu'à ces conditions que le juge pourra déduire que la décision administrative a provoqué un transfert de la garde de l'enfant et avec elle la responsabilité civile en cas de dommage. Le transfert du droit de garde peut être réalisé par simple décision administrative avec l'accord des parents en dehors de toute décision judiciaire. Cette éventualité pose la question de l'accomplissement des actes usuels par le tiers durant l'exercice de la mesure administrative.

542. L'accomplissement des actes usuels correspond à ce qui est strictement nécessaire pour rendre effective la garde juridique de l'enfant par le tiers. Ce transfert de prérogatives ne peut en principe être réalisé dans le cadre d'une simple décision administrative ou émanant des parents, car elles se heurtent au principe d'indisponibilité de ce droit. En l'absence de décision judiciaire modifiant la résidence de l'enfant, celle-ci est réputée fixée au domicile de ses parents, seuls détenteurs de sa garde juridique. Il est de jurisprudence constante que les parents continuent d'être pleinement responsables des dommages causés par leur enfant quand bien même celui-ci irait vivre au domicile de ses grands-parents, et ce, quelle que soit la durée effective de cet accueil³. En conclusion, lorsque le parent-mineur ou son enfant est confié à un tiers en dehors de tout cadre judiciaire, il demeure sous la garde exclusive de ses parents respectifs. Dans le cadre d'un accueil provisoire, les parents restent pleinement responsables des dommages causés par leur enfant et l'administration n'est tenue de répondre que des fautes ayant

¹ CE, 1^{er} juillet 2016, n° 375076, *op. cit.*

² *Ibid.*

³ Cass., ch. crim., 8 février 2005, n° 03-87447, *Bull. crim.* n° 44 ; *JCP* 2005, II, p. 10049, note M.-F. Steinlé-Feueurbach ; *Ibid.*, I, 149, n° 5, obs. Viney ; *RCJ* 2005, n° 119, note Groutel. La Cour a estimé que la cohabitation de l'enfant avec ses parents n'avait pas cessé bien que sa grand-mère l'ait élevé pendant 12 ans ; F. Fournel, « La responsabilité des grands-parents du fait de leurs petits-enfants », *AJ Fam.* 2008, p. 150 ; Cass., civ. 2^{ème}, 18 mars 2004, n° 03-10600, *Juris-Data* n° 2004-022856 ; *JCP G* n° 31, 28 juillet 2004, II, p. 10123, comm. S. Moisdon-Chataignier ; v. Th. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, éd. CNRS, préf. J. Rubellin-Devichi, 1989.

contribué à sa réalisation, cela alors même qu'elle réalise les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant. Soit il convient d'appliquer le cadre juridique actuel selon lequel le tiers ne peut prendre aucune décision relative à l'enfant tant que la garde ne lui a pas été également confiée par un juge, soit d'accepter qu'elle puisse être transférée par une décision de l'administration ou des parents. La protection de l'enfance et sa pratique administrative reposent sur une vision sociale de la famille où le tiers peut être amené à prendre en charge l'enfant au quotidien avec l'accord de ses parents et réaliser les actes liés à sa surveillance et à son éducation.

543. Seule l'évolution de ce cadre légal est susceptible d'harmoniser le statut des tiers amenés à prendre en charge l'enfant dans son quotidien. Que le tiers intervienne dans le cadre d'un placement judiciaire, administratif ou d'une décision de l'autorité parentale, les conséquences concrètes pour la protection de l'enfant dans son quotidien présentent des similitudes. En raison du départ de l'enfant du domicile familial, les journées du mineur ne seront plus rythmées par son parent, mais par le tiers chargé de l'accueillir. Cet accueil, pour être effectif et permettre la continuité de la protection due à l'enfant, demande que soit réalisé un certain nombre d'actes usuels relevant normalement de l'exercice de l'autorité parentale. Refuser à l'administration la possibilité de réaliser ces actes obligerait le tiers chargé de la mesure d'accueil provisoire à solliciter constamment les parents pour chaque acte du quotidien¹. L'application stricte du droit dans son état actuel enlève tout intérêt au placement administratif, car il existe un risque de provoquer à terme l'apoplexie de la protection de l'enfant, ne laissant subsister que les placements judiciaires qui disposent d'un cadre juridique plus cohérent. Le tiers chargé de l'accueil provisoire est confronté aux mêmes problématiques que celles observées chez les beaux-parents², mais également chez les grands-parents qui acceptent de prendre en charge leur petit-enfant à la demande de leurs parents, ou encore celles auxquelles les parents du parent-mineur sont confrontés pour assurer la prise en charge de leur enfant qui vit avec eux. Plusieurs solutions ont déjà été envisagées pour consacrer un « statut du tiers » ou encore un « statut du beau-parent »³.

544. Une première hésitation a porté sur le cadre susceptible de légitimer la prise en charge de l'enfant par le tiers. Faut-il un cadre légal permettant un socle commun à tous les tiers assumant la charge quotidienne de l'enfant ? Ou à l'inverse faut-il créer à côté de la délégation un nouvel instrument juridique susceptible de s'adapter aux spécificités de chaque situation familiale ? Il a été proposé

¹ A. Gouttenoire, I. Corpart (dir.), *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, février 2014, La doc. fr., proposition n° 11, pp. 39 s.

² I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à la ministre de l'Emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux, éd. O. Jacob, 1998, La doc. fr. ; F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*. Rapport au garde des Sceaux, 1999, La doc. fr. ; V. Pécresse et P. Bloche, *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapport n° 2832f ait au nom de la commission d'information et de la famille et des droits des enfants, Assemblée nationale, 2006, La doc. fr. ; D. Versini, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs fort avec lui*, 2006, La doc. fr. ; M. Rebourg, « La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune », *AJ. fam.* 2007, p. 290.

³ *Ibid.*

d'introduire dans le Code civil un article disposant que « tout tiers ayant en charge de manière habituelle un enfant peut accomplir les actes usuels le concernant, sans préjudice des droits des titulaires de l'autorité parentale »¹. Cette proposition a fait l'objet de critiques en raison de son étendue et de son automaticité qui ne permet pas de tenir compte de la volonté des parents, ce qui conduit à leur imposer l'intervention d'un tiers qu'ils n'auraient pas souhaitée. Un parent-mineur peut très bien refuser que ses parents s'immiscent dans le quotidien de son enfant. Cette proposition présente également des difficultés probatoires auxquelles le tiers sera nécessairement confronté en l'absence de décision judiciaire². La seconde proposition fondée sur la volonté exprimée par les parents n'a pas rencontré davantage de succès, comme en témoigne l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et droits des tiers, déposé en 2009³, dont la proposition sera reprise par une nouvelle proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant en 2014⁴. Cette proposition prévoyait d'insérer au sein du Code civil un article prévoyant que sans préjudice de l'article 372-2, le parent pouvait, avec l'accord de l'autre parent, donner un mandat d'éducation quotidienne à la personne avec laquelle il réside de façon stable pour chacun des enfants vivant avec le couple⁵. Ce mandat, rédigé par acte sous seing privé ou en la forme authentique permettait au tiers d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale pour la durée de la vie commune et pouvait être révoqué à tout moment par le mandant⁶. Cette proposition peut potentiellement se heurter à la prohibition de l'article 376 du Code civil⁷, sauf à ce qu'elle soit homologuée par le juge pour lui conférer la valeur d'une décision judiciaire. Cette potentielle contradiction avec le principe d'ordre public de l'autorité parentale est toutefois tempérée par le fait que le parent pourrait s'opposer aux décisions du tiers alors que le tiers ne pourrait valablement faire échec aux décisions des parents, l'autorité gardant ainsi une prépondérance sur la parentalité du tiers. Cette proposition a pourtant été vivement critiquée par J. Léonetti dans son rapport d'octobre 2009⁸, qui estimait que ce mandat ne présentait que peu d'intérêt, car il venait concurrencer la délégation⁹ et

¹ G. Champenois, rapport du Comité de réflexion sur les familles recomposées, *mission de recherche Droit et Justice*, septembre 1998, p. 3 ; proposition reprise I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à la ministre de l'Emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux, éd. O. Jacob, 1998, *La doc. fr.*, p. 139.

² V. M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, n° 423 ; I. Théry, *Filiation, origine, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des affaires sociales et de la santé, 2014, pp. 285 s.

³ V. sur ce point : A. Mirkovic « Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers », *AJ. fam.*, 2008, p. 428 ; V. Avena-Robardet, « Statut du beau-parent », *AJ. fam.* 2009, p. 187 ; *ibid.*, « Les beaux-parents aux oubliettes ? », *AJ. fam.* 2009, p. 415 ; J. Hauser, « Des tiers, légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », *RTD. civ.* 2009, p. 309. Ce projet reprenait certaines propositions envisagées par le rapport de F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, décembre 1999, *La doc. fr.*, p. 157.

⁴ Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, 27 juin 2014, n° 371, art. 10.

⁵ I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, *op. cit.*

⁶ I. Théry et A.-M. Leroyer, « Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », *Dr. fam.* 2014, n° 9, dossier 2 ; Défenseur des enfants, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités : pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, rapport annuel 2006, *La doc. fr.* ; F. Fulchiron, « Famille : Un statut de la parentalité ? », *JCP G*, n°2, hors-série, 1^{er} décembre 2007.

⁷ M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Defrénois, coll. de thèses 2003, pp. 27 à 29 ; C. Masson, « L'ordre public familial en péril ? » *RTD. civ.*, 2018, p. 809 ; X. Labbée, « Être parent à titre précaire », *D.* 2014, p. 1699 ; M. Bruggeman, « Les familles recomposées : Le(s) tiers et l'enfant », *AJ. fam.*, 2007, p. 294.

⁸ J. Léonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, octobre 2009, *La doc. fr.*, pp. 65 s.

⁹ Art. 377 C. civ. ; sur la délégation v. *infra* n°s 627 s.

plus particulièrement la délégation-partage¹. Cette proposition visant à instaurer un mandat d'éducation a été abandonné. Il revient donc à l'administration ou au tiers de solliciter une délégation-partage sur les actes usuels nécessaires à la surveillance et à l'éducation de l'enfant. Cependant, là où le mandat reposait sur la volonté du parent et du tiers, la délégation implique la démonstration de sa nécessité et d'une certaine durée pas toujours compatible avec le caractère temporaire de la mesure éducative. Face à ce *statu quo* préjudiciable à l'enfant, d'autres propositions appellent de leurs vœux la mise en place d'un statut commun destiné à faciliter l'action des tiers assumant la prise en charge de l'enfant² afin d'aider ses parents, aide qui pourrait également profiter à un parent-mineur.

545. Sans même accorder un statut spécifique pour les tiers, il semble pertinent d'offrir un cadre légal aux personnes chargées par décision administrative de l'accueil d'un mineur en danger. *De lege ferenda*, il conviendrait, par exemple, d'insérer à l'article 373-4 du Code civil que « par dérogation à l'article 376 du Code civil et dans l'intérêt de l'enfant confié à un tiers par décision administrative dans le cadre de sa mission de protection de l'enfance, la personne chargée d'exercer la mesure pourra accomplir tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation, sous réserve d'en informer les parents ». La qualité du tiers pourra être démontrée grâce à la décision administrative de placement. En cas de contestation, il convient de préciser que le tiers, l'enfant, les parents ou l'un deux peuvent mettre fin à la mesure ou, si besoin est, saisir le juge des enfants en vue de lui substituer une mesure judiciaire de placement ou toute autre mesure qu'il estimera nécessaire pour la préservation de l'intérêt de l'enfant. Une proposition de loi déposée le 15 juillet 2019 prévoit d'ajouter au dernier alinéa à l'article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles la phrase suivante précisant que « sauf décision contraire du président du conseil départemental, [les personnes physiques ou morales] sont, à l'égard des tiers de bonne foi, réputées agir avec l'accord des titulaires de l'autorité parentale quand elles accomplissent les actes usuels relatifs à la santé, à la socialisation, à la surveillance et à l'éducation des mineurs qui leur sont confiés [...] »³. Le recours à la parentalité du tiers n'est que temporaire, le temps requis pour restaurer l'autorité parentale. Le tiers ne peut substituer le parent-mineur ou ses parents qu'à titre exceptionnel, le temps pour eux de réinvestir pleinement leur fonction. La parentalité des tiers n'est qu'un moyen destiné à pallier temporairement les difficultés rencontrées par le parent dans l'exercice de l'autorité parentale. Si l'autorité parentale semble irrémédiablement compromise, et que le retour du parent-mineur ou de son enfant est inenvisageable, la protection offerte par le tiers pourra être pérennisée pour assurer à l'enfant une stabilité dans sa protection. D'une parentalité destinée à pallier les défaillances de la protection de l'enfant, la place du tiers pourra évoluer auprès de l'enfant, se substituant peu à peu au parent-mineur ou à ses parents dans l'exercice de leur autorité parentale

¹ Art. 371-1 al. 2 C. civ. ; sur la délégation-partage, v. *infra* n°661.

² J.-P. Rosenczweig (dir.), *De nouveaux droits pour les enfants ? oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, 29 janvier 2014, La doc. fr., spéc. proposition 1.5, pp. 69 s.

³ Proposition de loi, visant à moderniser le système de protection de l'enfance, 15 juillet 2019, n°669, *Sénat*, art. n°4.

respective, pour devenir éventuellement à terme, une parenté de substitution destinée à remplacer la parenté d'origine.

§ 2 : La protection de l'enfant sans son parent-mineur

546. Lorsque les difficultés rencontrées par un parent dans l'exercice de son autorité parentale sont telles que sa restauration et le retour de l'enfant au domicile familial sont irrémédiablement compromis, il convient de « s'interroger sur l'opportunité de faire bénéficier l'enfant d'un statut plus protecteur que celui de l'assistance éducative, notamment dans l'hypothèse dans laquelle des liens avec d'autres adultes auront été consolidés »¹. Confronté au désinvestissement parental du parent-mineur ou de ses parents, l'aménagement de l'exercice de leurs droits ne suffit plus à garantir la stabilité de leur enfant respectif, toutes les formes d'action éducative ayant été envisagées sans succès. Il est important dans ces circonstances de sortir de la logique d'accompagnement parental qui caractérise l'action éducative. Pour ce faire, il importe dans un premier temps de démontrer l'incapacité du parent-mineur, ou de ses parents, à assumer leur fonction en raison de leur comportement (A), pour à terme leur retirer tout ou partie des prérogatives qu'ils détiennent sur leur enfant au profit du tiers qui l'aura recueilli (B).

A- L'incompatibilité du comportement du parent-mineur avec la protection de son enfant

547. Si le maintien du lien entre les parents et leur enfant demeure avec sa protection, l'objectif principal de l'action éducative est de favoriser son retour au domicile familial, objectif conditionné au comportement des parents. Lorsqu'ils prennent conscience de leurs difficultés et qu'une collaboration apparaît possible, l'espoir d'une restauration de l'autonomie des parents dans leurs droits est encore permis. Dans le cas contraire, ils constituent un obstacle pour la protection de leur enfant et leur comportement devient fautif, qu'il s'agisse d'une faute d'omission par le désintérêt dont ils font preuve dans l'exercice de leurs droits avec pour résultat le délaissement de l'enfant² (1), ou d'une faute de commission qui expose l'enfant à un danger (2).

¹ A. Gouttenoire, I. Corpart (dir.), *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, op. cit., p. 54.

² Au sens civil du terme. La conception pénale du délaissement « suppose un acte positif, exprimant de la part de son auteur la volonté d'abandonner définitivement la victime » : Cass, crim., 23 févr. 2000, n° 99 82817, *Bull. crim.* n° 84 ; RSC 2000, p. 610, obs. Y. Mayaud.

1. *L'atteinte à la protection de l'enfant résultant d'une faute parentale d'omission non constitutive d'un danger*

548. La distinction entre les droits et les obligations des parents n'est pas clairement définie, car chaque prérogative génère des devoirs et chaque devoir confère son lot de prérogatives. Les parents ne sont pas seulement en droit de décider pour leur enfant, ils sont dans l'obligation de le faire. Les parents-mineurs sont tenus d'exercer leur autorité, au même titre que leurs parents sont tenus de les protéger. Le manque d'implication du parent dans sa fonction, qu'il soit majeur ou mineur, permet de justifier l'intervention de la protection de l'enfance, mais il constitue également l'une de ses limites. La passivité des parents peut faire obstacle à toute tentative destinée à restaurer l'exercice « normal » de l'autorité parentale, faute de parvenir à maintenir les liens entre les parents et leur enfant. À ce manque d'implication parentale répond l'implication du tiers qui sera amené à combler l'espace laissé dans la protection de l'enfant. L'absence factuelle du parent n'est pas l'absence juridique ; l'action éducative, parce qu'elle préserve l'autorité parentale et avec elle la place de son titulaire, ne permet pas de consacrer juridiquement l'importance prise par le tiers dans la vie de l'enfant qui lui est confié ou qu'il a recueilli. A ce stade, le tiers ne remplace pas le parent-mineur ou ses parents, il pallie seulement la précarité de la fonction parentale et assurer la continuité de la protection due à leur enfant respectif.

549. Trois articles du Code civil sont destinés à mettre en cohérence le statut juridique des parents qui se désinvestissent de leur fonction. Le premier est l'article 377 qui dispose qu'en cas de désintérêt manifeste, une délégation d'autorité parentale peut être accordée à la personne qui a recueilli l'enfant¹. Le second était l'ancien article 350 abrogé par la loi du 14 mars 2016² et remplacé par l'article 381-1 et suivant du Code civil. Ce texte se référait également au désintérêt manifeste des parents et la loi du 22 décembre 1976³ avait tenté de définir cette notion. Le désintérêt manifeste était caractérisé lorsque les parents n'avaient pas entretenu avec leur enfant les relations nécessaires au maintien de leurs liens affectifs. La simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelle ou l'intention exprimée de reprendre l'enfant, mais non suivie d'effet, était insuffisants pour caractériser leur intérêt pour leur enfant et faire échec à la procédure⁴. Enfin, l'article 378-1 précise que le défaut de soins ou un manque de direction mettant manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant peuvent entraîner le retrait de l'autorité parentale, ou lorsque les parents se sont volontairement

¹ Sur la délégation de l'autorité parentale imposée, v. *infra* nos 629 s.

² Loi 14 mars 2016, n° 2016-297, relative à la protection de l'enfant, JO 15 mars 2016, texte n° 1, art. 40 ; É. Mallet, « Vers une meilleure protection de l'enfant : la loi du 14 mars 2016 », JCP N 2016, n° 13, act. 444 ; Y. Favier « Loi du 14 mars 2016 sur la protection de l'enfance : autorité parentale et adoption », JCP N 2016, n° 28, étude 1235 ; F. Eudier, A. Gouttenoire, « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, une réforme impressionniste », JCP 2016, p. 814 ; F. Capelier, « Réforme de la protection de l'enfance présentation générale », AJ. fam. 2016, p. 195.

³ Loi 22 décembre 1976, n° 76-1179, modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption, JO 23 décembre 1976 p. 7364.

⁴ Anc. art. 350 al. 2 et 3 C. civ.

abstenus d'exercer leurs droits et de remplir les devoirs sur leur enfant confié dans le cadre de l'assistance éducative.

550. Ces différentes dispositions ont pour point commun de décrire la passivité des parents dans leur fonction au cœur de la notion de désintérêt manifeste¹. En dépit du manque d'harmonisation de termes utilisés par ces différents textes, ils traduisent l'absence d'exercice par les parents de tout ou partie de l'autorité parentale dont ils sont titulaires. Dans un rapport réalisé en novembre 2009², l'IGAS relevait le faible usage de l'article 350 du Code civil et déplorait que le désinvestissement des parents n'entraînât que peu de conséquences sur leur statut juridique qui demeurerait préservé, face à un tiers qui compensait factuellement cette absence, sans bénéficier d'une légitimité juridique. Constat qui sera à nouveau dressé par l'académie de médecine dans un rapport rendu public en 2011³.

551. Le tiers ne peut se fonder sur la seule conformité de son intervention avec l'intérêt de l'enfant⁴ pour remettre en question la place juridique de ses parents, encore faut-il qu'il démontre leur désintérêt pour leur fonction, autrement dit qu'il apporte la preuve d'un fait négatif. Le parent-mineur ne peut être substitué dans sa fonction de parent qu'à condition qu'il s'en désintéresse, mais encore faut-il parvenir à caractériser ce désintérêt. La doctrine a un temps hésité sur la question de savoir si le désintérêt parental était une situation de pur fait détaché de toute volonté parentale, tel que l'état d'abandon dans lequel se trouvait l'enfant, ou si au contraire il devait être nécessairement volontaire⁵. La question a été tranchée par la Cour de cassation à l'égard de la déclaration d'abandon en considérant que la volonté des parents de ne plus exercer leurs droits sur l'enfant devait être caractérisée⁶, au même titre que le désintérêt décrit à l'article 378-1 alinéa 2 du Code civil dans le cadre de l'assistance éducative⁷. Le désintérêt du parent n'est donc pas caractérisé lorsqu'un tiers a fait obstacle aux relations des parents avec l'enfant⁸ qu'il s'agisse du service⁹, de la famille d'accueil ou encore du juge lui-même, soit en maintenant secret le lieu du placement, soit en suspendant son droit d'accueil¹⁰. Il n'y aura désintérêt que si son désinvestissement lui est directement imputable. En dépit de la suppression par la loi du 5

¹ V. P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., nos 830, 855 à 857 et 872.

² V. IGAS, rapport sur les conditions de reconnaissance du « délaissement parental » et ses conséquences sur l'enfant, RM2009-127P, *La doc. fr.*, novembre 2009, pp. 38 s.

³ *Faciliter l'adoption Nationale*, Bull. Acad. Natle Méd., 2011, 195, n° 2, 431-446, séance du 22 février 2011.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 16 juillet 1992, *Bull.* n° 230 ; v. Y. Patureau, « Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné », *D.* 1978, chron. p. 167 ; Cass., civ. 1^{ère}, 16 mars 2016, n° 15-10780, *Juris-Data* n° 2016-004818 ; *Dr. fam.* 2016, comm. p. 107, obs. A. Molière.

⁵ Sur la thèse factuelle : A.-M. Fournie, « De l'abandon à l'adoption plénière. Le contentieux de l'abandon », *JCP* 1974, I, p. 2640 ; C. Allaer, « L'enfant oublié », *JCP* 1975, I, p. 2735 ; Sur la thèse impliquant une volonté parentale : Y. Patureau, « Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné », op. cit. ; M. Vismard, « La notion « d'enfant abandonné » au sens de l'article 368 du Code civil », *JCP* 1956, I, p. 1315 ; J. Stoufflet, « L'abandon d'enfants », *RTD. civ.* 1959, p. 627 ; P. Raynaud, « La réforme de l'adoption (la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966, Décrets n° 66-903 du 2 décembre 1966, 67-44 et 67-45 du 12 janvier 1967) », *D.* 1967, chron. p. 77 ; G. Holleaux, note sous Cass., civ. 1^{ère}, 6 juillet 1960, *D.* 1960, p. 510, réf. citées par C. Siffrein-Blanc, E. Bonifay, « Regards critiques sur les mesures de protection », *AJ. fam.* 2017, p. 333.

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 23 octobre 1973, *D.* 1974, p. 135, note C. Gaury.

⁷ Ex : Cass., civ. 1^{ère}, 13 janvier 1998, n° 96-05.136, *JCP*, 1998, chron. n° 151 § 6, note Y. Favier ; *Dr. fam.* 1998, n° 97, note P. Murat.

⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 3 octobre 1978, *D.* 1979, IR.47 ; *Bull. civ.* n° 285.

⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 12 octobre 1999, n° 91-05002.

¹⁰ M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, op. cit., p. 207 et réf. cit.

juillet 2005¹ de la notion de « grande détresse » en référence à la précarité de la situation du parent, l'altération des facultés mentales², ou l'absence de moyens matériels des parents³ rendent le désintérêt involontaire. Le désintérêt du parent-mineur pour son enfant est également involontaire s'il résulte d'une absence de discernement liée à sa minorité. Dans ces circonstances, la substitution du parent ne pourra être recherché sur ce fondement, mais sur celui de l'article 373 du Code civil. En l'absence de désintérêt ou de cause entraînant la perte de l'exercice de l'autorité parentale, le statut juridique du parent ne peut être remis en cause par le seul rôle factuel pris par le tiers dans la prise en charge de l'enfant. Le parent-mineur ne peut être juridiquement substitué dans sa fonction parce qu'un tiers, qui peut être son parent, assure la charge de son enfant. La détresse du parent-mineur est appréciée strictement, car elle doit faire véritablement obstacle aux relations avec son enfant⁴. La minorité ne peut constituer une situation de détresse qu'à condition que le parent-mineur ne se soit pas heurté à l'opposition de ses parents ou du service et que tout ait été mis en œuvre pour maintenir ses relations avec son enfant. La Cour européenne des Droits de l'Homme a estimé que cette appréciation du désintérêt parental n'était pas contraire à l'article 8 de la convention et nécessaire dans une société démocratique, chaque fois que l'État rempli par ailleurs son obligation de favoriser le développement du lien familial⁵.

552. Le législateur a tenté de revenir sur l'appréciation du désintérêt des parents en remplaçant l'article 350⁶ par la déclaration judiciaire de délaissement parental⁷. Cette nouvelle procédure avait pour objet de répondre aux nombreuses critiques sur la procédure d'abandon. Ces critiques ont en réalité une portée plus globale, car elles dénoncent la faiblesse des dispositifs juridiques destinés à modifier la place occupée par des parents, en dépit du désintérêt dont ils font preuve pour leur mission. En l'absence d'alternative permettant au tiers de se substituer durablement aux parents, des enfants placés dès leur naissance et qui, selon toute attente, ne retourneront jamais dans leur famille, ne pourront bénéficier d'une stabilité familiale⁸. En remplaçant le désintérêt par la notion d'abandon, le but était de

¹ Loi du 4 juillet 2005, n° 2005-744, portant réforme de l'adoption, JO 5 juillet 2005, p. 11072, texte n° 2.

² Cass., civ. 1^{ère}, 23 novembre 2011, n° 10-30714, JCP 2012, p. 49, obs. Y. Favier.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 08 décembre 1998, n° 97-05015.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 23 juin 2010, n° 09-15.129, AJ. fam. 2010, p. 433, obs. F. Chénéde.

⁵ CEDH, Zambotto Perrin c/ France, 23 sept. 2013, n° 4962/11, JCP 2013, p. 1909, note K. Blay-Grabardazyk.

⁶ Sur les différentes évolutions de l'article 350 C. civ. : V. Avena-Robardet « Vers une réforme de l'abandon judiciaire de l'enfant ? » AJ. fam. 2011, p. 123.

⁷ Art. 381-1 et s. C. civ. issu de la loi du 14 mars 2016, n° 2016-297, relative à la protection de l'enfant, *op. cit.*

⁸ A. Gouttenoire, I. Corpart (dir.), *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, *op. cit.*, pp. 65 s., proposition n° 21. V également la proposition n° 19 qui proposait la création d'un Comité de veille et d'orientation des enfants confiés. Ce Comité serait chargé d'examiner tous les six mois la situation des enfants placés de moins de deux ans, une fois tous les ans la situation des enfants de deux à six ans, et une fois tous les deux ans la situation des enfants de plus de six ans. Cet examen pourrait déboucher sur un avis tendant à la modification du statut juridique de l'enfant. Si un projet d'adoption est évoqué, le Comité de veille et d'orientation des enfants confiés pourrait demander un bilan d'adoptabilité médico-psycho-sociale de l'enfant, concerné avant de rendre son avis. Le Comité de veille et d'orientation des enfants confiés pourrait être saisi par la personne ou le service à qui l'enfant a été confié ; proposition que l'on retrouve dans la proposition visant à réaliser un bilan d'adoptabilité pour les enfants placés auprès de l'ASE, formulé dans le rapport de M. Limon et C. Imbert intitulé, « Vers une éthique de l'adoption, donner une famille à un enfant », remis au Premier ministre et au secrétaire d'État auprès de la ministre des Solidarités et de la Santé chargé de la protection de l'enfance, le 10 octobre 2019.

faire constater le désinvestissement parental par des éléments objectifs rattachés à la situation purement factuelle de l'enfant et non plus sur ses causes. L'intérêt était d'éviter l'écueil de la recherche de volonté réelle des parents et de limiter la marge d'interprétation du juge. Le nouvel article 381-1 du Code civil prévoit dorénavant qu'« un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête [...] ». Ce texte ne fait plus directement référence au désintérêt, mais à son résultat. Le législateur a maintenu son caractère volontaire en précisant que l'abandon n'est caractérisé que lorsque les parents n'ont pas été empêchés par quelque cause que ce soit. Cette évolution est avant tout terminologique, car le délaissement de l'enfant est le résultat du désintérêt de ses parents¹. La notion de délaissement, qui se veut plus objective, conduit indirectement à rechercher le désintérêt des parents si bien qu'il est difficile de les distinguer². Ces différents textes se réfèrent d'une manière ou d'une autre au désintérêt des parents sans véritable gradation de ce comportement. L'évaluation du désinvestissement parental est laissée à l'appréciation du juge et des tiers chargés d'introduire l'action. Or la démonstration du désintérêt peut être difficile à démontrer, notamment lorsque l'enfant réside avec son parent-mineur. Ce dernier peut se désintéresser totalement de sa fonction parentale sans pour autant que ce désintérêt puisse être caractérisé. Cette difficulté résulte du maintien de ses relations quotidiennes avec son enfant, sa résidence habituelle étant également celle de son parent-mineur qui contribue à maintenir une communauté de vie. L'un comme l'autre ne pouvant quitter le domicile familial sans l'accord de ses parents. Quand bien même le désintérêt pourrait être caractérisé, comme l'hypothèse d'une fugue du parent-mineur qui laisserait son enfant à la charge de ses parents, la similitude des critères légaux favorise le recours à la délégation supplétive au détriment des autres alternatives y compris dans des situations où un retrait ou une déclaration d'abandon pourrait être accordé. Face à ces difficultés, il convient de proposer une évolution globale des critères permettant de modifier le statut des parents en tenant compte du degré de désinvestissement dans l'exercice de leur autorité parentale. L'intérêt serait de faciliter l'usage de ces textes et permettre d'intégrer le tiers dans la protection de l'enfant, lorsqu'il est délaissé par ses parents qu'ils soient ou non mineurs.

553. Les notions de désintérêt ou de délaissement sont également difficiles à caractériser lorsque l'abandon de l'enfant par son parent n'est que partiel ou épisodique³. Face à l'ambivalence d'un parent qui ne s'implique dans sa fonction que lorsqu'il est sur le point de la perdre, il pourrait être intéressant de présenter le désinvestissement parental pour ce qu'il est véritablement, à savoir une absence d'exercice des prérogatives et obligations liées à l'autorité parentale, comme l'illustre l'article 378-1 alinéa 2 du Code civil qui s'y réfère explicitement. En partant de l'autorité parentale et des prérogatives

¹ C. Neirinck « Du désintérêt manifeste au délaissement », *Dr. fam.*, mai 2012, repère 4.

² « Le désintérêt exprimé hier sera abandon de fait demain » : C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, préf. B. Teyssié, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 1984, n° 504, p. 405.

³ Soit l'enfant est abandonné soit il ne l'est pas, soit le parent se désintéresse totalement de son enfant soit il s'en intéresse, l'abandon ou le désintérêt dans sa conception actuelle ne pouvant être partielle ou ne porter que sur certain élément de l'autorité parentale.

qui la composent il est possible de décrire un désinvestissement progressif et de nuancer la place juridique du parent. Chaque fois qu'il vient à délaisser l'une de ses prérogatives, ce désintérêt devrait permettre au tiers de s'en saisir, notamment en raison de l'échec des actions éducatives¹. Plutôt que de se référer au désintérêt manifeste du parent, l'article 377 du Code civil sur la délégation pourrait se référer à la passivité du parent dans l'exercice de son autorité parentale, comme par exemple lorsqu'il s'est régulièrement abstenu de décider ou de réaliser un acte nécessaire pour la préservation des intérêts de son enfant sans qu'il en soit empêché² ou qu'un motif légitime permette de justifier cette inaction, l'action éducative n'étant pas parvenue à le réinvestir dans sa fonction. Cette évolution permettrait de surmonter la difficulté née de l'obligation légale de cohabitation entre le parent-mineur et son enfant avec le maintien de leurs relations. L'inaction du parent-mineur dans la protection de son enfant pourrait être compensée par l'action de ses parents ou de tout autre tiers l'ayant recueilli avec son enfant. Chaque fois qu'il s'agit d'une abstention fautive, le tiers pourrait prétendre à la délégation des prérogatives nécessaires pour préserver les intérêts de l'enfant. Concernant la déclaration judiciaire de délaissement, elle serait limitée aux situations où les parents n'exerceraient plus, non seulement leurs droits, mais également les obligations liées à l'autorité parentale, le délaissement impliquant une absence de relation entre le parent et l'enfant, en dépit des droits qu'il a conservés, que ce soit l'exercice d'un droit d'accueil, d'un droit de visite ou d'un simple droit de correspondance³. Quant au retrait de l'autorité parentale, cette mesure devrait être réservée aux situations où le parent-mineur par son comportement met en danger son enfant qu'il se désinvestisse ou au contraire qu'il continue de s'impliquer⁴. Il conviendrait de modifier l'article 378-1 alinéa 2 pour que la situation décrite n'aboutisse plus à la même conséquence juridique, à savoir, le retrait de l'autorité parentale, celui-ci étant cantonné aux situations dans lesquelles le comportement des parents génère un danger pour l'enfant⁵. Cette évolution serait de nature à préserver au mieux les intérêts des enfants délaissés en assurant la continuité de la protection qui leur est due, et moduler le statut des parents-mineurs ou de leurs parents en fonction de l'investissement dont ils font preuve.

¹ Qui constituent l'une des conditions de l'article 378-1 et 381-2 C. civ.

² L'impossibilité pour le parent d'exercer l'autorité parentale sans lien avec une volonté de sa part devant être appréhendé par le biais de l'article 373 C. civ.

³ Art. 373-2 al. 2, 373-2-1 al. 2, 375-7 C. civ. ; ex : CA Montpellier, 14 mai 2013, n° 13/07204, *Juris-Data* n° 2014-013573 ; *Dr. fam.*, novembre 2011, comm. p. 158, C. Neirinck.

⁴ Ce qui permet de répondre à l'une des critiques soulevées par IGAS dans son rapport sur les conditions de reconnaissance du « délaissement parental » et ses conséquences sur l'enfant (*op. cit.*), face à un parent faisant preuve d'intérêt manifeste pour l'enfant tout en agissant de manière contraire à son intérêt ; de plus il convient d'observer que la jurisprudence a considéré que le retrait de l'autorité parentale prévu à l'article 378 C. civ. ne pouvait s'appliquer au délit d'abandon de famille, car il ne constitue pas une infraction commise sur la personne de l'enfant, seul l'ancien article 373 al. 4 étant applicable dans cette éventualité (disposition abrogée sans être remplacée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002) : Cass., crim., 11 décembre 1984, *Bull. crim.* n° 393 ; *Gaz. Pal.* 1985, 2, p. 654, note F. Doucet.

⁵ A. Gouttenoire, I. Corpart (dir.), *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, *op. cit.*, pp. 63 s., proposition n° 20.

2. L'atteinte à la protection de l'enfant résultant d'une faute parentale constitutive d'un danger

554. La remise en question de la fonction parentale peut également intervenir lorsque les parents, sans se désintéresser de leur enfant, mettent en danger par leur comportement sa sécurité et son développement physique, social ou affectif. Cette volonté de préserver l'enfant de son parent se trouve à l'origine de la protection de l'enfance. L'ancien droit faisait du pouvoir judiciaire le protecteur de toutes les personnes frappées d'incapacité juridique et lui reconnaissait un droit de contrôle sur la puissance paternelle. Le Code civil de 1804 ne permettait pas la remise en question des droits parentaux en dépit du mauvais usage fait par leur titulaire, alors qu'il prévoyait plusieurs cas de destitution des tuteurs, qui par leur comportement, portaient atteinte aux intérêts du protégé ou à l'institution¹. C'est la jurisprudence qui a accepté de retirer la garde des enfants à la demande de la mère ou des grands-parents, face à des chefs de famille maltraitants ou qui, par leur inconduite, offraient un spectacle infamant pour les mœurs. Les juges se déclaraient généralement « chargés de prévenir et de réprimer les excès de la puissance paternelle, toutes les fois que l'intérêt matériel ou moral de l'enfant le réclame »², créant de toutes pièces une déchéance partielle de la puissance paternelle portant spécifiquement sur le droit de garde et d'éducation. Ne sont visés que les comportements les plus graves, lorsque le maintien de l'autorité parentale représente en lui-même un danger pour l'enfant³. Il n'est plus question de rechercher une faute d'omission des parents, mais au contraire de caractériser des fautes parentales dans l'exercice de leurs droits et de leurs obligations.

555. L'article 378 du Code civil prévoit que les père et mère peuvent se voir retirer l'autorité parentale lorsqu'ils sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent. Quand ces circonstances sont réunies, il est démontré que le parent n'est pas capable d'assurer la mission de protection et de socialisation de l'enfant. Le retrait de l'autorité parentale peut être envisagé directement par la juridiction pénale⁴ ou, à défaut, par la juridiction civile saisie à cet effet⁵. La loi du 12 décembre 2005⁶ a introduit, aux articles 222-31-1 et 277-28-1 du Code pénal, l'obligation pour les magistrats des juridictions répressives de se prononcer sur le devenir de l'autorité parentale chaque fois qu'ils sont amenés à statuer sur une infraction sexuelle commise sur une victime mineure par un auteur

¹ Anc. art. 443 et 444 C. civ.

² A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil Français*, Librairie Dalloz, 11^{ème} éd., 1947, p. 557, n° 727.

³ A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, n° 391.

⁴ Sur la compétence du juge pénal pour statuer, au titre de l'action civile, sur le retrait d'autorité parentale : Cass., crim., septembre 2008, n° 08-8048923, *AJ. pén.*, 2009, p. 40

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 16 février 1988, *Bull. civ.* I, n° 43 ; D. 1988, p. 373, note J. Massip ; *Deffrénois* 1988, art. 34255, n° 49, obs. J. Massip.

⁶ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JO* 13 décembre 2005 p. 19152, texte n° 1.

qui détient ce droit sur elle¹. Une loi du 4 août 2014² a étendu cette obligation pour tous les crimes et délits³ portant une atteinte volontaire à l'intégrité physique ou morale de l'enfant, mais également de l'autre parent⁴. La condamnation pénale du parent-mineur ou de son parent remet en question leur capacité éducative, car cette décision remet à mal la confiance placée *a priori* dans leur action et leur capacité à préserver l'intérêt de l'enfant. Faute d'une confiance suffisante, la condamnation pénale peut conduire à la remise en question de leur autorité sur leurs enfants respectifs. L'article 378 alinéa 2 prévoit que « Ce retrait est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part d'autorité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants ». La référence à l'autorité parentale relève d'une maladresse du rédacteur, sauf à se cantonner aux situations où les ascendants bénéficient d'une délégation ou qu'ils ont procédé à l'adoption plénière de leur petit-enfant. Cette disposition revêt une portée plus générale, car elle permet d'écarter un grand-parent dont le comportement constitue manifestement un danger pour ses descendants et éviter qu'il ne revendique le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant, l'attribution et l'exercice d'une fonction tutélaire, ou encore la mise en œuvre de l'obligation alimentaire. Dans l'hypothèse des parents-mineurs, la condamnation pénale de leurs parents ou de l'un d'eux permet de les écarter non seulement de la protection du parent-mineur sur lequel ils exercent l'autorité parentale, mais également de limiter leur rôle dans celle de son enfant.

556. Bien que les juges soient tenus d'évoquer la question des droits parentaux à l'égard de la victime mineure, leur maintien comme leur retrait n'est pas automatique⁵. La remise en question de l'autorité parentale doit rester exceptionnelle et se restreindre aux cas les plus graves lorsque cette décision est conforme à l'intérêt de l'enfant⁶. L'article 378 du Code civil ne peut s'assimiler à une peine accessoire, car elle constitue une mesure de protection destinée à l'enfant qui lui confère un caractère purement civil⁷. Cette nature civile offre la possibilité de remettre en question l'autorité parentale des auteurs de mauvais traitements à l'égard de l'enfant, quand bien même ils seraient reconnus pénalement

¹ La loi n° 2010-121 du 8 février 2010 avait intégré ces dispositions dans les textes relatifs aux infractions incestueuses. En raison de la décision QPC du Conseil constitutionnel du 16 sept. 2011, n° 2011-163 qui a conclu à l'inconstitutionnalité des dispositions relatives à l'inceste. Il faudra attendre la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant (JO 15 mars 2016, texte n° 1), pour que ces dispositions soient réintroduites dans le Code pénal. Pour l'infraction d'atteinte sexuelle : 227-27-3 CP. Pour les infractions de viol et d'agression sexuelle : art. 222-31-2 CP ; v. Circulaire du 7 avril 2016 de présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, NOR : JUSD1609502C.

² La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JO 5 août 2014 p. 12949.

³ Art. 221-5-5 et 222-48-2 C.P. ; Sur l'absence de caractère automatique du retrait en cas d'infraction pénale : CEDH 28 sept. 2004, Sabou et Pircalab c/ Roumanie, n° 46572/99 ; CEDH, 14 octobre 2008, Iordache c/ Roumanie, n° 6817/02.

⁴ V. A. Dionisi-Pey Russe, M. Pichard, « La prise en compte des violences conjugales en matière d'autorité parentale », *AJ. fam.* 2018, p. 34 ; A. Gouttenoire, « La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale », *AJ. fam.* 2010, p. 518.

⁵ Cass., crim. 9 novembre 1994, n° 94-80.691.

⁶ CEDH, M.D. et autres c/ Malte, 17 juillet 2011, n° 64791/10. En l'espèce, la législation de l'État défendeur prévoyait le retrait automatique des droits parentaux en cas de condamnation pénale des parents sans que le juge n'ait à vérifier la conformité de cette mesure avec l'intérêt de l'enfant. Le droit français est donc conforme sur ce point à la Conv. EDH.

⁷ Cass., crim., 4 janvier 1985, n° 84-92.942, *Bull. crim.* 1985, n° 322, R., p.430 ; *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 19 ; Cass., crim., 14 octobre 1992, n° 92-81.146, *Bull. crim.* 1992, n° 322 ; Cass., crim., 23 sept. 2008, n° 08-80489, *Bull. crim.* 2008, n° 195 ; *RJPF* 2008-12/29, obs. F. Eudier.

irresponsables¹. La nature délictuelle du comportement des parents est donc appréciée de manière objective comme peut l'être une faute de nature civile.

557. L'article 378-1 alinéa 1 du Code civil prévoit que l'autorité parentale peut être retirée en dehors de toute condamnation pénale à la demande du ministère public, d'un membre de la famille de l'enfant, de son tuteur ou, depuis 2016², du service de l'aide sociale auquel l'enfant a été confié³. Le texte prévoit que cette modification du statut parental ne peut intervenir que si deux conditions cumulatives sont réunies. La première consiste dans la démonstration d'un comportement parental inadapté caractérisé soit par des mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, notamment lorsque l'enfant est témoin de pressions ou de violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre, soit par un défaut de soins ou un manque de direction dans l'usage de leur autorité parentale⁴. La Cour de cassation a également considéré que « les juridictions civiles peuvent se fonder [...] non seulement sur les causes prévues par l'article 378-1 du Code civil, mais aussi sur celles de l'article 378 de ce Code lorsque la juridiction pénale n'a pas usé de la faculté qui lui était donnée de prononcer le retrait de l'autorité parentale »⁵. En dehors de toute infraction sur l'enfant ou l'autre parent, l'article 378-1 alinéa 1 fait référence à un ensemble de comportements dont la gravité peut justifier que l'on remette en question les capacités éducatives des parents qui les adoptent. En se référant à la consommation régulière et excessive d'alcool ou à l'usage de stupéfiants, l'inconduite notoire ou aux comportements délictueux, c'est le mauvais exemple donné par les parents à leur enfant qui justifie leur retrait de leur fonction, car ces comportements sont en totale contradiction avec la mission éducative et protectrice mise à leur charge par l'article 371-1 du Code civil⁶. Si la référence au défaut de soins ou au manque de direction renvoie à la notion de désintérêt, elle intègre aussi des comportements actifs, par exemple lorsque des parents tentent de faire passer les maltraitances sur leurs enfants pour des accidents dus à un défaut de surveillance⁷.

558. Ces comportements pris isolément demeurent cependant insuffisants pour justifier la remise en question du rôle respectif attribué au parent-mineur comme à ses parents, encore faut-il qu'ils

¹ Cass., civ. 1^{ère}, 14 avril 1982, nos 80-80014 et 80-80015, *D.* 1983, p. 294, note J. Massip.

² Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, *op. cit.*

³ Art. 378-1 al. 3 C. civ. Concernant le service d'Aide Sociale à l'Enfance, l'action doit être engagée au nom du département, car il est seul à disposer de la personnalité juridique : Cass., civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 04-05097, *RTD. civ.* 2007, p. 88, obs. J. Hauser.

⁴ Sur le défaut de soin : ex : CA Nîmes, 12 février 2009, n° RG 08/00173.

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 16 février 1988, *op. cit.* ; pour une illustration CA Montpellier, 28 mai 2015, n° RG 14/07559.

⁶ A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, n° 413.

⁷ *Ibid.* n° 417 ; Cass., civ. 1^{ère}, 14 avril 1982, *Bull. civ.* I, n° 125 ; *D.* 1983, p. 294, note J. M. ; *Deffrénois* 1983, p. 327, note Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-65208, *D. actu.* 11 juin 2010, obs. V. Egéa. : en l'espèce « chacun des parents était dans le déni des infractions pour lesquelles ils avaient été condamnés, qu'ils avaient mis en échec pendant des années toute action éducative concernant leurs enfants placés, contribuant à les déstabiliser encore plus, que ce positionnement persistant et sans évolution constituait une maltraitance psychologique continue à l'égard de leurs trois enfants, et qu'il apparaissait manifestement de l'intérêt de ces derniers de les préserver à l'avenir, compte tenu de leur grande fragilité psychologique, de toute intervention parentale ».

mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant¹. Cette précision constitue une gradation entre les comportements simplement fautifs qui contreviennent à la continuité de la protection de l'enfant, des comportements fautifs générateurs de danger qui lui nuisent directement. Lorsque le comportement du parent-mineur ou de son parent constitue en lui-même un danger, il y a lieu de l'exclure de la protection de l'enfant². Le caractère manifeste associé au danger rappelle qu'il s'agit ici du dernier recours destiné à restaurer la continuité de la protection due à l'enfant quand la restauration de l'autorité du parent n'est pas envisageable en raison de son attitude. L'immatunité du comportement des parents-mineurs ou de leurs parents ne peut justifier à lui seul qu'ils soient écartés de la protection de leur enfant. La Cour de cassation a cassé un arrêt qui avait retiré l'autorité parentale à une mère au seul motif que son attitude « restée infantile exclut qu'une responsabilité puisse lui être restituée dans l'éducation de l'enfant [...] sans rechercher si par la suite de son comportement ou de son état, [la mère] mettait manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. »³ Comme pour l'article 375 du Code civil, le danger manifeste auquel se réfère l'article 378-1 se doit d'être actuel. Le juge doit l'apprécier au jour où il est amené à statuer et ne peut se contenter d'une simple éventualité⁴. Ce n'est que sous réserve de réunir les conditions imposées par les textes du droit commun que le statut parental des parents-mineurs ou de leurs parents à l'égard de leur enfant respectif sera susceptible d'être remise en cause au bénéfice d'un tiers amené à les substituer dans leur fonction.

B- La remise en cause du statut parental dans l'intérêt de l'enfant

559. La remise en question du statut de parents est liée au comportement qu'ils adoptent, l'évolution de la protection de leur enfant en dépendra. Plus ils tardent à investir ou réinvestir leur fonction, plus ils persistent dans le déni de leur difficulté, plus il devient nécessaire d'organiser la protection juridique de l'enfant sans ses parents. Cette évolution permet de modifier l'organisation de la protection de l'enfant par la délégation ou le retrait de tout ou partie des prérogatives liées à l'autorité parentale (1), jusqu'à permettre dans les situations les plus graves une modification des effets juridiques résultant du lien de filiation (2).

¹ Ex : CA Rennes, 23 mars 2013, n° RG 12/00351. En l'espèce, la mère estimait que le manque d'implication du père qui n'exerçait aucun droit de visite sur l'enfant et ne participait ni à son éducation ni à sa prise en charge constituait un danger psychologique pour l'enfant justifiant le retrait total de l'autorité parentale. Si la Cour constate le désintérêt évident du père pour son enfant, elle précise que « la carence du père absent ne saurait toutefois suffire, en dehors de tout autre élément, à caractériser la mise en danger manifeste de nature à entraîner la mesure susvisée ».

² Ex : CA Montpellier, 28 mai 2015, *op. cit.*

³ Cass., civ. 1^{ère}, 14 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 186 ; *Gaz. Pal.* 1988. 2. 797, note J. M. ; *Deffrénois* 1988, art. 34309, n° 79, obs. J. Massip.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, n° 05-17618, *RTD civ.* 2007.328, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2007.189, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2007, n° 104, note P. Murat, *Gaz. Pal.* 2008, n° 328-330, p. 29, obs. V. Hazout.

1. *Les conséquences du comportement fautif du parent sur l'autorité parentale*

560. Le caractère temporaire de l'assistance éducative peut être source d'insécurité pour l'enfant, car chaque nouvelle décision étant susceptible de modifier sa prise en charge, tout en préservant sa dépendance à l'égard de ses parents par le maintien de l'autorité parentale¹. Cette préservation trouve sa limite dans le comportement des parents, lorsqu'il constitue un danger en lui-même pour l'enfant. Dans cette situation, maintenir l'autorité parentale revient à maintenir le danger. Pour cette raison il convient de prévoir une protection de l'enfant pouvant s'exercer sans son parent, ce qui implique de modifier son statut pour limiter ses capacités de nuisance. L'ampleur de l'atteinte portée à la place du parent dans la protection de l'enfant est conditionnée à la gravité de son comportement.

561. Face au désintérêt manifeste du parent-mineur ou de son parent pour leur enfant respectif, l'article 377 alinéa 2 du Code civil dispose qu'un tiers, particulier, établissement ou service départemental de l'Aide Sociale à l'Enfance de leur propre initiative ou par l'intermédiaire du ministère public², peut demander à se voir déléguer tout ou partie de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant qu'il a recueilli. Il s'agit d'un cas de délégation forcée de l'autorité parentale. Les père et mère ne sont pas concernés par ce texte, car en tant que titulaires de l'autorité parentale il n'y a pas lieu de leur déléguer un droit qui leur appartient déjà. Une autre procédure leur est donc ouverte. Quand le parent-mineur ou son enfant est recueilli par le parent chez lequel il ne résidait pas et que l'autre s'en désintéresse, le parent accueillant pourra saisir le juge aux affaires familiales pour se voir confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale. La délégation est ici présentée comme une solution apportée au manque d'implication du parent ou à son incapacité entendue au sens de l'article 373 du Code civil³. La Cour d'appel de Dijon a rappelé, dans un arrêt du 8 février 2008⁴, que « l'article 377 du Code civil ne tend pas à faciliter l'exercice par l'ASE de sa mission vis-à-vis d'un enfant ». Lorsque le service se heurte à l'hostilité des parents qui demeurent par ailleurs investis dans la vie de leur enfant, il convient de saisir le juge des enfants qui peut autoriser le gardien à prendre une décision à laquelle les parents s'opposeraient abusivement.

562. Cette solution est reprise dans le cadre de la déclaration judiciaire d'abandon, il s'agit également de surmonter l'inaction parentale. L'article 381-2 du Code civil prévoit que lorsqu'il déclare l'enfant délaissé, le tribunal délègue par la même décision l'autorité parentale sur l'enfant à la personne, à l'établissement ou au service départemental de l'Aide Sociale à l'Enfance qui l'a recueilli, ou à qui il a été confié. Contrairement à la délégation de l'article 377 qui n'est plus subordonnée à une durée, celle

¹ A. Gouttenoire, I. Corpart (dir.), *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, op. cit., p. 54.

² Art. 377 al. 3, créée par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, art. 38. Le texte prévoit également que la demande de délégation soit impulsée par le juge des enfants qui peut en informer le ministère public par transmission de la copie du dossier éducatif ou par simple avis.

³ Art. 373 C. civ.

⁴ CA Dijon, 8 février 2008, n° RG 08/00011.

de la déclaration de délaissement implique qu'une année se soit écoulée depuis l'arrêt des relations entre l'enfant et son parent. La délégation permet au tiers de surmonter l'inertie parentale résultant d'une absence d'implication dans leur fonction. Il s'agit ici de combler le vide laissé par le parent-mineur ou son parent dans la protection de leur enfant respectif.

563. Conformément à la lettre de l'article 377, la délégation n'opère qu'un transfert de l'exercice de tout ou partie de l'autorité parentale du parent délaissant¹, dont il demeure cependant seul titulaire. Lorsqu'elle est accordée à la demande d'un tiers, il reviendra au juge aux affaires familiales d'en préciser l'étendue selon l'espace délaissé par le parent et susceptible d'être comblé par le délégataire. En l'absence de précision, cette délégation sera nécessairement totale, faisant ainsi perdre au parent l'exercice des prérogatives confiées au profit du délégataire qui le supplée dans sa fonction. L'article 373-2-1 alinéa 4 du Code civil prévoit que le parent qui ne dispose plus de l'exercice de l'autorité parentale conserve cependant le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de son enfant. Pour ce faire, le texte met à la charge du parent exerçant seul l'autorité parentale, ou le cas échéant, au tiers délégataire une obligation d'information pour garantir l'effectivité de ce droit de surveillance conservé par l'autre parent. Ce droit permet de préserver un minimum de lien entre l'enfant et son parent. Ce droit de surveillance se limite aux choix importants marquant la vie de l'enfant² et n'a pas vocation à permettre une ingérence du parent qui n'a pas à autoriser les décisions prises par l'autre parent ou le délégataire³. La délégation ne peut porter que sur des prérogatives liées à l'autorité parentale, les parents sont tenus de subvenir aux besoins de leurs enfants, l'obligation d'entretien résultant de la filiation et non de l'exercice de l'autorité parentale. Seul le droit de consentir à l'adoption n'est jamais susceptible d'être délégué⁴, car il est susceptible de provoquer une remise en question du lien de filiation si l'adoption prévue est une adoption plénière. À l'inverse, le tiers peut se voir attribuer l'exercice du droit de consentir au mariage du mineur ou à son émancipation. En dépit de l'aspect pratique que cette possibilité représente, si elle permet d'harmoniser le statut parental du parent-mineur avec son statut personnel, elle n'en demeure pas moins critiquable juridiquement. En acceptant d'émanciper l'enfant, le délégataire prive le parent d'un droit dont il demeure encore titulaire et dont l'exercice peut éventuellement lui être restitué en cas de circonstances nouvelles⁵, d'autant qu'il s'agit de remédier à un comportement parental qui ne constitue pas en soi un danger pour l'enfant, mais seulement une rupture dans l'intégrité et la continuité de sa protection. Les mécanismes juridiques portant atteinte à la titularité de l'autorité parentale devraient se cantonner aux comportements les plus graves, à savoir ceux qui représentent pour l'enfant un danger manifeste. Dans cette situation familiale, il ne s'agit plus de

¹ Cass, Avis, 19 juin 2019, n° 15007, n° 19-70007, *Bull. civ.*, ECLI :FR : CCASS : 2019 : AV15007.

² Pour une illustration concernant les orientations scolaires de l'enfant : CE, 10 décembre 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 2, Pan. 424

³ Cass., civ. 2^{ème}, 16 mai 1973, *Bull. civ.* II, n° 166 ; D. 1973, IR 162 ; *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 815 ; *RTD. civ.* 1974, p. 139, obs. R. Nerson.

⁴ Art. 377-2 C. civ.

⁵ *Ibid.*

combler le vide laissé par le parent dans la protection de son enfant, mais de l'en éloigner. La réponse adaptée ne doit plus être la délégation de l'autorité parentale, mais bien son retrait.

564. La loi du 5 juillet 1996¹ a substitué la notion de retrait de l'autorité parentale à celle de la déchéance. Contrairement à cette dernière, le retrait de l'autorité parentale ne constitue plus une peine accessoire destinée à sanctionner les parents pour leur comportement², quand bien même ils pourraient le ressentir comme tel. Il s'agit d'une mesure purement civile qui représente l'ultime protection offerte au parent-mineur ou à son enfant confronté au danger que représente pour lui le comportement fautif de leurs parents respectifs. Contrairement à la délégation qui se contente de transférer l'exercice d'un droit ou de certaines de ses prérogatives sans pour autant remettre en question son attribution, le retrait porte non seulement sur l'exercice, mais également sur la titularité du droit concerné. Une fois l'autorité parentale retirée, les père et mère ne sont plus titulaires de ce droit et perdent toutes les prérogatives ainsi que les attributs qui y sont liés.

565. Lorsque le retrait est total, l'article 379 du Code civil prévoit qu'il « porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale ». Les parents perdent non seulement leur qualité de titulaires de l'autorité parentale, mais également celle de représentants légaux de leur enfant. Les parents-mineurs ou leurs parents, une fois démis de leurs fonctions, n'ont plus le droit ni l'obligation de décider dans l'intérêt de leur enfant respectif ou de le représenter dans les actes de sa vie civile, que la décision ou l'acte relève du domaine patrimonial ou extrapatrimonial. Ils perdent non seulement l'autorité sur sa personne, mais également l'administration légale sur son patrimoine et la jouissance légale qu'ils pouvaient détenir sur ses biens. L'autorisation parentale n'est plus nécessaire pour permettre le mariage, l'émancipation judiciaire ou encore l'adoption de l'enfant. Comme le parent n'a plus vocation à participer à la protection ni à l'éducation de l'enfant, il n'encourt plus la responsabilité de plein droit de l'article 1242 du Code civil³. Quand le retrait total est prononcé à l'encontre du parent-mineur ou de son parent ceux-ci sont écartés de la vie juridique de leur enfant respectif en raison du danger qu'ils représentent pour lui. Le retrait total n'intervient qu'à titre exceptionnel, lorsqu'une rupture s'impose pour préserver les intérêts de l'enfant. Le parent perd non seulement l'exercice, mais également la titularité de son droit. L'article 379-1 du Code civil prévoit qu'au lieu du retrait total, le tribunal peut se borner à prononcer un retrait partiel de l'autorité parentale, limité aux attributs qu'il spécifie dans le cadre de son jugement. Seul le droit de garde est explicitement visé comme un attribut de l'autorité parentale par l'article 380 du Code civil, ce qui permet de priver le parent de la prise en charge quotidienne de l'enfant. Un droit de visite ou de correspondance peut lui être accordé en l'absence de motifs graves susceptibles de s'opposer au maintien de ses liens avec

¹ Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, JO du 6 juillet 1996, p. 10208.

² V. sur l'évolution de la notion de déchéance : A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, op. cit., nos 726 s., pp. 556 s.

³ Cass., civ. 2^{ème}, 25 janvier 1995, *Bull. cin.* II, n° 29 ; *Dr et patr.* 1995, n° 33, p. 103, obs. F. Chabas ; *RTD. cin.* 1995, p. 614, obs. J. Hauser ; *JCP* 1995, I, p. 3853, n° 15, obs. G. Viney ; *D.* 1995. somm. p. 232, obs. Ph. Delbecq.

l'enfant, il conservera par ailleurs tous les autres attributs non visés par la décision tels que le droit de consentir au mariage, à l'émancipation ou encore à l'adoption.

566. Lorsque le retrait ne concerne qu'un seul des deux parents, l'autre sera seul à exercer l'autorité parentale, dès lors que cette solution apparaît conforme à l'intérêt de l'enfant¹. Dans le cas où cette dévolution irait à l'encontre de son intérêt, ou lorsque l'autre parent n'est manifestement plus en état ou en capacité d'assurer sa fonction, l'article 380 du Code civil prévoit deux solutions alternatives destinées à instaurer un nouveau système de protection susceptible de pallier la disparition de tout ou partie de l'autorité parentale, faute de titulaire. La première prévoit que l'enfant soit confié provisoirement à un tiers qui sera chargé de requérir l'organisation d'une tutelle à laquelle le parent ne pourra participer². Une fois l'autorité parentale retirée au parent-mineur ou à son parent, ceux-ci ne peuvent plus s'impliquer dans la protection de leur enfant respectif. La tutelle est donc le régime de protection civile destiné à remplacer l'autorité parentale lorsqu'elle disparaît faute de titulaires. Cette solution est privilégiée lorsque l'enfant a des proches susceptibles de le prendre en charge, qu'ils soient ou non membre de sa famille. Son étendue sera fonction du retrait prononcé, ce qui peut conduire dans le cas où il s'agit d'un retrait partiel à la coexistence de deux régimes de protection³. La seconde solution intervient généralement lorsqu'aucun proche n'est susceptible de prendre l'enfant en charge ou que le tiers ne présente pas des garanties suffisantes, ce qui conduit le tribunal à confier l'enfant au service départemental de l'Aide Sociale à l'Enfance. Sa situation sera différente selon que le retrait est total ou partiel. Lorsque le retrait n'est que partiel, l'enfant sera pris en charge conformément à l'article L. 222-5 du Code de l'action sociale et des familles et bénéficiera à ce titre du régime statutaire des enfants pris en charge dans le cadre de l'Aide Sociale à l'Enfance. En cas de retrait total, les enfants confiés au service d'Aide Sociale à l'Enfance le seront en qualité de pupilles de l'État⁴ et sera ouverte une tutelle qui s'exercera selon des modalités identiques à celles du droit commun⁵.

2. Les conséquences du comportement fautif du parent sur le lien de filiation

567. En dépit du comportement fautif des parents, il reste une persistance des effets juridiques résultant du lien de filiation. Les effets de la délégation comme du retrait se limitent aux prérogatives d'autorité parentale. Les règles successorales demeurent inchangées, sous réserve des cas d'indignité envisagés par les articles 726 et 727 du Code civil. Les parents continuent d'être soumis à l'obligation d'entretenir l'enfant et de contribuer à son éducation, même s'il a été confié à un tiers⁶. L'article 377-2

¹ Ce principe résulte de l'art. 373-1 C. civ. bien qu'il ne fasse pas explicitement référence au retrait, l'autorité parentale n'en demeure pas moins une prérogative parentale, son attribution leur revient donc en priorité.

² Art. 395 C. civ.

³ Sur le fonctionnement de la tutelle et son articulation avec l'autorité parentale éventuellement conservée par les parents, v. *infra* n°s 591 s.

⁴ Art. L. 224-4 CASF.

⁵ Art. L. 224-1 CASF.

⁶ Art. L. 228-1 CASF.

alinéa 2 du Code civil précise que lorsque l'enfant est restitué à ses parents, le juge aux affaires familiales met à leur charge, s'ils ne sont pas indigents, le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien que le tiers a pu exposer. Bien que cette disposition vise principalement la délégation, elle peut également intervenir dans les cas où l'incapacité du parent a justifié une prise en charge de son enfant par un tiers¹. Les effets du comportement parental sur les obligations nées de la filiation sont donc à rechercher du côté de l'enfant.

568. L'article 379 alinéa 2 du Code civil prévoit que le retrait total de l'autorité parentale emporte pour l'enfant dispense de son obligation alimentaire au bénéfice de son parent, par dérogation aux articles 205 à 207, sous réserve d'une disposition contraire dans le jugement de retrait. Cette logique se retrouve également à l'article L. 228-1 du Code de l'action sociale et des familles. Ce texte prévoit que le père, la mère et les ascendants d'un enfant pris en charge par le service de l'Aide Sociale à l'Enfance restent tenus envers lui des obligations prévues aux articles 203 à 211 du Code civil, qui correspondent à l'obligation d'entretien ainsi qu'aux obligations alimentaires issues de la solidarité familiale. Sous réserve d'une décision contraire, une dispense est également accordée aux enfants, pupilles de l'État, qui auront été élevés par le service de l'Aide Sociale à l'Enfance jusqu'à la fin de la scolarité obligatoire, à moins que les frais d'entretien occasionnés par le pupille remis ultérieurement à ses parents n'aient été remboursés au département. Ces enfants, une fois adultes, pourront être dispensés d'aider leurs ascendants dans le besoin. Le retrait total comme le statut de pupille de l'État font présumer l'indignité des parents, car sa mise en œuvre implique l'existence de graves défaillances dans l'exercice de leur fonction parentale. Lorsque le parent-mineur ou son enfant n'a pas été élevé par ses parents respectifs suite à une décision judiciaire, il se voit libéré de son obligation alimentaire à leur égard. Lorsque le retrait ou le désintérêt des parents n'est que partiel, la réciprocité de la solidarité familiale est préservée, à moins que le créancier alimentaire ait lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur et que le juge l'ait déchargé de tout ou partie de sa dette alimentaire². Cette dispense n'est donc accordée qu'au cas par cas en fonction des manquements observés, permettant au juge de tenir compte de l'évolution ultérieure de la situation familiale.

569. La décision de retrait ou de délégation marque l'incapacité durable du parent-mineur ou de ses parents à assumer pleinement leurs fonctions respectives, qu'il s'agisse de l'exercice de leurs droits ou de leur capacité à assumer leurs obligations. Face à cette situation, se pose nécessairement la question de l'avenir du parent-mineur et au travers lui de son enfant, notamment par l'évolution de leur statut respectif qui ne peut se limiter, en raison de la pérennité des difficultés familiales, au cadre protecteur

¹ Sur la restitution de l'autorité parentale : art. 381 C. civ., le parent doit justifier de circonstances nouvelles. Par ailleurs, la demande de restitution ne peut être formée moins d'un an après la date à laquelle le jugement de retrait est devenu irrévocable, chaque demande ultérieure devant également être espacées d'une année, sous réserve que l'enfant n'ait pas fait l'objet d'une décision de placement en vue de son adoption.

² Art. 207 al. 2 C. civ.

de l'assistance éducative¹. Selon une étude de l'ONED publiée en juin 2018, le temps moyen de prise en charge de l'enfant par l'aide sociale avant son admission au statut de pupille de l'État est de 6 ans et 6 mois pour les enfants déclarés judiciairement abandonnés, ce qui correspond à la durée de prise en charge la plus longue, juste après les enfants orphelins et ceux dont les parents se sont vu retirer l'autorité parentale qui est de 5 ans et 2 mois². Pour y remédier, la loi du 14 mars 2016 a inséré un article L. 227-2-1 au sein du Code de l'action sociale et des familles qui prévoit que lorsque la durée du placement excède un seuil fixé par décret selon l'âge de l'enfant³, le service départemental de l'Aide Sociale à l'Enfance auquel il a été confié, se doit de s'interroger sur l'opportunité d'autres mesures. Celle-ci sortent du strict cadre de l'assistance éducative, car elles ont pour objet de garantir la stabilité des conditions de vie de l'enfant en lui assurant une continuité relationnelle, affective, éducative et géographique dans un lieu de vie adapté à ses besoins, qui peut être celui de sa famille d'accueil. L'objectif de cet article est de contraindre le service d'Aide Sociale à l'Enfance à se questionner sur l'avenir de l'enfant et l'évolution de son statut lorsque l'action éducative est insuffisante pour restaurer l'autorité parentale. Cette réflexion doit s'engager tant à l'égard du parent-mineur que de son enfant en raison de l'imbrication de leurs protections respectives. Le retrait de leur autorité parentale, ou une procédure de délaissement peut s'imposer. Bien que ces mesures ne portent pas directement atteinte au lien de filiation entre les parents et leur enfant, elles permettent de proposer l'enfant à l'adoption⁴ pour stabiliser sa situation juridique, ainsi que celle du tiers qui est amené à pallier durablement les défaillances parentales. Il convient de préciser que la procédure de délaissement parental peut être prononcée à l'endroit d'un seul des parents⁵. Dans cette situation, l'enfant qui a été déclaré judiciairement délaissé par un seul de ses parents ne peut être admis en qualité de pupille de l'État si l'autre parent conserve ses droits d'autorité parentale et ne l'a pas remis volontairement au service de l'Aide Sociale à l'Enfance en vue de son admission en qualité de pupille de l'État, puisque cette admission entraînerait l'ouverture d'une tutelle et la perte des droits parentaux, la déclaration judiciaire de délaissement parental unilatérale ne pouvant avoir pour effet de priver de ses droits parentaux le parent non délaissant⁶. La déclaration judiciaire de délaissement à l'encontre du parent-mineur seul ne permet pas d'admettre son enfant en qualité de pupille de l'État si l'autre parent non délaissant continue d'exercer sur lui l'autorité parentale,

¹ « [...] ou bien les parents, avec l'aide des services sociaux, parviennent à retrouver leur place auprès de l'enfant et lui assurer des conditions de vie satisfaisantes et la mesure doit prendre fin, puisqu'elle n'est plus justifiée. Ou bien il apparaît que les parents ne parviennent pas, dans la durée, à retrouver leurs capacités éducatives et il faut s'interroger sur l'opportunité de faire bénéficier l'enfant d'un statut plus protecteur que celui de l'assistance éducative, notamment dans l'hypothèse dans laquelle des liens avec d'autres adultes auront été consolidés. » : A. Gouttenoire, I. Corpart (dir.), *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 54.

² ONED, *La situation des pupilles de l'État Enquête au 31 décembre 2016, juin 2018*, p. 19. Disponible à l'adresse : https://www.onpe.gouv.fr/system/files/publication/rapport_pupilles_31dec2016_2018.pdf [consulté le 1^{er} octobre 2019].

³ V. art. 223-28 CASF : tous les deux ans pour les enfants de plus de deux ans et tous les ans pour ceux de moins de deux ans.

⁴ Art. 347 C. civ.

⁵ Cass., Avis, 19 juin 2019, *op. cit.*

⁶ *Ibid.*

à moins qu'il y consente et qu'aucun autre membre de la famille n'ait fait part de son souhait de le prendre en charge.

570. Contrairement à certaines législations européennes, la loi du 14 mars 2016 n'a pas systématisé les projets d'adoption lorsque le placement atteint une certaine échéance¹. Il est au contraire question « de s'assurer de l'adéquation entre le statut juridique de l'enfant et sa situation réelle, lorsque la perspective du retour en famille semble s'éloigner »². L'intérêt est d'éviter que la situation de l'enfant se précarise face à une situation familiale imperméable aux actions menées pour restaurer l'exercice normal de l'autorité parentale. L'article L. 221-2-1 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que lorsqu'un enfant est pris en charge par le service de l'Aide Sociale à l'Enfance sur un autre fondement que l'assistance éducative, le président du Conseil départemental peut décider, dans l'intérêt de l'enfant et après évaluation de la situation, de le confier à un tiers, dans le cadre d'un accueil durable et bénévole³. Ce dispositif n'est pas sans rappeler le programme de « Banque-mixte » de la législation québécoise, qui permet aux familles accueillant l'enfant d'obtenir à terme son adoption⁴. Il s'agit de confier l'enfant de parents vulnérables, tels que des mères mineures immatures ne sachant pas répondre à leurs besoins, à des couples qui se heurtent à la pénurie d'enfants adoptables⁵. Les dérives de ce système observées dans certains États privilégiant la parentalité sur la parenté, constitue la principale critique de ces dispositifs qui banalisent l'adoption et l'intègre au nombre des mesures de protection de l'enfant⁶. Cette conception apparaît en contradiction avec l'esprit de la protection de l'enfance qui conduit les intervenants familiaux à déconstruire un lien qu'ils sont sensés préserver et étayer. Si le désir d'enfant de certains couples ne doit pas se faire au détriment des parents les plus vulnérables, il convient également de s'interroger sur l'avenir de ces enfants dont la situation juridique demeure marquée par l'instabilité caractérisant la protection de l'enfance et dont l'adoption ne fait encore pas partie. À cela s'ajoute le fait que les solutions offertes dans ce cadre se heurtent nécessairement au seuil de la majorité de l'enfant qui, une fois adulte, ne pourra compter sur un soutien familial dont les défaillances ont justement conduit à son éloignement durant sa minorité. Si la loi prévoit des dispositifs permettant de limiter les effets de seuil, avec notamment les contrats jeunes majeurs⁷, ils ne permettent pas de pallier l'absence de soutien familial. Ce dispositif concerne principalement les jeunes enfants, mais l'adoption d'un parent-mineur par sa famille d'accueil est également possible, le lien ainsi créé s'étendra également à son enfant dès lors qu'aucune mesure de retrait ou de délaissement n'a été engagée le concernant.

¹ V. Direction générale des politiques internes, « L'adoption sans consentement », *parlement européen*, 2015, PE 519.236 ; J.-P. Rosenczveig, « Le scandale des "enfants volés" de Grande Bretagne », *JDJ*, 2011/10, n° 310, pp. 10 à 11 ; v. également : CEDH, 10 avril 2012, n° 19554/09, P. c/ Portugal, *Dr. fam.*, juin 2012, comm. p. 97, obs. M. Bruggeman.

² L. Gebler, P. Salvage-Gerest, A. Sannier « "Réforme de la protection de l'enfant" sélection d'articles », *AJ. fam.* 2016, p. 199.

³ V. A.-R. « Enfant confié à l'ASE : Cadre de l'accueil bénévole par un tiers », *AJ. fam.* 2016, p. 512. ; Sur la question des différents types de relations susceptibles d'être développées entre l'enfant et sa famille d'accueil, v. l'étude de N. Chapon et G. Neyrand, « Filiation et affiliation, la question des liens en accueil familial », *AJ. fam.* 2017, p. 345.

⁴ G. Kessler, « Les familles d'accueil à vocation adoptive : regard sur le programme "Banque-mixte" québécois », *AJ. fam.* 2019, p. 84.

⁵ C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n° 617.

⁶ J.-P. Rosenczveig, « Le scandale des "enfants volés" de Grande Bretagne », *op. cit.*

⁷ Art. L. 221-1, L. 222-5, L. 222-5-1 et R. 221-2 CASF.

Qui veut l'enfant doit également dans ce cas précis assurer la charge de son parent. Ce dispositif est susceptible d'offrir au parent-mineur et à son enfant, une famille adoptive plus apte à respecter sa parenté tout en veillant à sa protection ainsi qu'à celle de son enfant. Cette famille adoptive viendra soit se substituer à la famille d'origine dans le cas d'une adoption plénière, soit la suppléer dans le cadre d'une adoption simple. L'adoption simple semble plus adaptée dans ces circonstances, car elle ne rompt pas le lien de filiation avec la famille d'origine, l'adoption plénière qui rompt ce lien constitue l'ultime recours pour protéger le parent-mineur ou son enfant des défaillances graves et chroniques de sa famille d'origine.

Cette innovation de la loi du 14 mars 2016 peut procurer un regain d'intérêt à la déclaration d'abandon comme au retrait de l'autorité parentale. Si ces dispositifs n'entraînent pas de conséquences directes sur le lien de filiation, ils constituent le prélude à la modification des liens de filiation unissant l'enfant à ses parents une fois qu'il aura été confié à l'Aide Sociale à l'Enfance. Si l'adoption et plus particulièrement l'adoption simple a pu être présentée comme étant l'alternative à la déclaration judiciaire d'abandon¹, la loi de 2016 en a fait une alternative parmi d'autres dans les situations d'échec de l'action éducative. Les services départementaux sont tenus d'élaborer pour ces enfants admis en qualité de pupille de l'État un projet de vie, défini par le tuteur avec l'accord du conseil de famille dans les meilleurs délais². Le projet de vie peut ne pas consister dans l'adoption de l'enfant ; pour les parents-mineurs il peut se focaliser sur leur besoin d'autonomie, avec la recherche d'un logement autonome, la poursuite de leurs études, l'évolution de leur statut de mineur avec une possible demande d'émancipation... Lorsque le projet de vie retenu est celui de l'adoption, le choix entre l'adoption simple ou plénière, suivant les circonstances particulières à la situation de l'enfant et celui des adoptants éventuels, revient au tuteur, avec l'accord du conseil de famille. Le choix de l'adoption est conditionné à sa conformité avec l'intérêt de l'enfant³, ce qui en fait une mesure palliative aux défaillances de la parenté d'origine et plus seulement une alternative. Cette réflexion conduit à reconnaître ce que certains auteurs qualifient de « parentalité d'accueil »⁴, permettant ainsi d'élargir le cercle des personnes susceptibles de prendre en charge les parents-mineurs et leur enfant lorsque leurs parents respectifs rencontrent des difficultés chroniques

¹ J.-M. Colombani, rapport sur l'adoption, 2008, *La doc. fr.*, p. 77, proposition n° 15 : l'adoption simple, « moins radicale pour la famille biologique qu'une déclaration judiciaire d'abandon, pourrait constituer une solution satisfaisante dans l'intérêt des enfants dont la famille ne peut assurer l'entretien » ; Académie de médecine, *Faciliter l'adoption Nationale*, Bull. Acad. Natle Méd., 2011, 195, n° 2, 431-446, séance du 22 février 2011.

² Art. L. 225-1 CASF.

³ P. Salvage-Gerest, « Réforme de la protection de l'enfant », *AJ. fam.* 2016, p. 199 ; CEDH, 22 juin 2017, B. et C. c/ Italie, n° 37931/15, *Dr. fam.* 2017. comm. p. 210, obs. G. Millerioux ; CEDH, 26 avril 2018, Mohamed H. c/ Norvège, n° 27496/15, *Dr. fam.* 2018. comm. p. 181, note G. Millerioux ; CEDH, 30 novembre 2017, n° 37283/13, Strand Lobben et autres c/ Norvège, *AJ. fam.* 2018, p. 40, obs. M. Saulier ; *D.* 2018, p. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Dr. fam.* 2018. comm. p. 31, note C. Delmas.

⁴ N. Chapon, G. Neyrand, « Filiation et affiliation, la question des liens en famille d'accueil », *AJ. fam.* 2017, p. 345.

justifiant un éloignement durable, voire une rupture définitive par la substitution de leur filiation d'origine par une filiation adoptive¹.

¹ Le projet d'adoption des personnes à laquelle le pupille de l'État a été confié est privilégié par la loi, le conseil de famille ne pouvant examiner un autre projet d'adoption qu'après avoir statué sur cette demande, art. R. 224-16 CASF.

Conclusion du Chapitre II

571. Pour favoriser l'exercice « normal » de l'autorité parentale, la protection de l'enfance peut fournir au parent une aide ou une assistance destinée à restaurer son autonomie dans sa fonction. La nature spécifique de l'autorité parentale fait que ce droit ne peut être exercé ni par assistance ni par représentation, ce qui explique que l'action éducative se compose de mesures destinées à restaurer la protection de l'enfant par l'accompagnement du parent dans son rôle. L'action éducative préserve autant que possible l'exercice personnel de l'autorité parentale par les parents, tout en instaurant un contrôle sur les décisions et les actes qu'ils réalisent dans l'intérêt de leur enfant. L'action éducative n'est pas destinée à se substituer à eux, mais permet un étayage de leurs compétences destiné à développer progressivement leurs aptitudes parentales, tout en s'assurant de la conformité de leur action avec l'intérêt de leur enfant et au besoin de les suppléer. Ce contrôle n'a pas vocation à remettre en question les décisions prises par les parents mais d'adapter les réponses éducatives aux difficultés rencontrées. Bien que l'accompagnement soit à destination de l'enfant ou le cas échéant de son parent-mineur, le service chargé de son exercice doit s'appuyer sur l'ensemble des membres de la famille pour surmonter les difficultés constatées dans la protection de l'enfant. L'action éducative offre une première réponse à la situation des parents-mineurs et appréhende l'organisation familiale dans sa complexité. Elle s'appuie sur une conception de l'organisation familiale du droit social, privilégiant la notion de charge au lien de filiation afin de trouver une réponse aux difficultés identifiées dans l'organisation civile de la famille fondé sur lien de filiation existant entre l'enfant et ses parents.

L'atteinte portée à la vie familiale doit être proportionnée au but poursuivi pour maintenir l'équilibre entre l'objectif d'accompagnement du parent et l'impératif de protection de l'enfant et préserver aux mieux l'environnement et le fonctionnement familial. Ce n'est que lorsque la protection de l'enfant ne peut être assurée au domicile familial, que son placement devient nécessaire et que les prérogatives parentales pourront être momentanément aménagées. Le maintien de l'enfant auprès de son parent-mineur, mais également celui du parent-mineur auprès de ses propres parents, sont conditionnés à leur aptitude à surmonter les difficultés personnelles et sociales qui nuisent à l'exercice normal de leur autorité parentale respective. Une fois placé, le parent conserve toutefois tous les attributs de l'autorité parentale compatibles avec la mesure et demeure tenu des obligations découlant de la filiation.

Lorsque la protection de l'enfant ne peut plus être assurée par son parent et que la restauration de l'exercice de l'autorité parentale est irrémédiablement compromise, il convient d'adopter une solution pérenne. Ces dispositions ne font pas partie du dispositif de la protection de l'enfance, car elles permettent une remise en cause partielle, si ce n'est totale, du statut de parent en le substituant dans sa

fonction par une délégation de l'autorité parentale ou l'ouverture d'une tutelle pouvant conduire à l'adoption de l'enfant. En pratique, ces solutions sont toutefois peu appliquées en raison de leur impact sur l'organisation de la famille. Ces dispositions n'ont pas pour objet d'aménager le statut de parent, car elles permettent de le substituer, elles ne peuvent donc être mises en œuvre que dans les cas les plus graves dans lesquels le parent-mineur par son comportement ou son désintérêt vis-à-vis de son enfant, justifie qu'il soit écarté temporairement ou définitivement de son rôle de protecteur.

Conclusion du Titre I

572. La protection de l'enfance offre aux parents-mineurs et à leur enfant une protection subsidiaire destinée à compenser les difficultés rencontrées par leurs parents respectifs dans l'exercice de leurs droits. Elle accompagne les parents jusqu'à ce qu'ils soient autonomes dans leur fonction. L'action éducative est une première réponse à la vulnérabilité de la fonction parentale et la précarité de l'environnement familial. La protection de l'enfance démontre qu'il est possible d'influer sur l'exercice d'un droit éminemment personnel sans qu'il soit nécessaire de recourir aux mécanismes d'assistance ou de représentation. Le parent-mineur peut bénéficier par ce biais de l'aide et de l'assistance dont il a besoin pour être autonome dans l'exercice de son autorité parentale, sans pour autant les priver de l'autorité décisionnelle ou de la capacité juridique découlant de leur statut de parent.

Bien que les mesures éducatives ouvertes au bénéfice de l'enfant du mineur, assurent sa protection et offrent aux parents-mineurs un accompagnement dans leur fonction, celles ouvertes au bénéfice du parent-mineur prennent en compte l'organisation familiale dans son ensemble. Agir sur la protection du parent mineur renforce celle de son enfant en raison de leur interdépendance. Ces solutions sont cependant temporaires et nécessitent en cas d'échec la mise en place d'alternatives plus pérennes, par la substitution du parent dans sa fonction et son éviction de la protection de son enfant, éventuellement au profit d'un tiers mieux à même d'assumer sa protection et sa prise en charge. La protection de l'enfance offre des réponses à la vulnérabilité et à la dépendance dans laquelle peut se trouver le parent-mineur. Elle se limite toutefois à rétablir l'effectivité de ses différents statuts. L'autonomie des parents dans l'exercice de leur autorité retrouvé, leur statut parental est restauré et la protection du mineur garantie, conduisant *in fine* à restaurer le statut de mineur. Or, ces mesures ne sont pas destinées à répondre à la coexistence de ces deux statuts sur une même personne, car elles ne font que restaurer ce *statu quo*, faute de pouvoir en modifier le fonctionnement. À l'issue de l'action éducative, le parent-mineur sera toujours tenu de protéger les intérêts de son enfant tout en demeurant lui-même sous la protection de ses propres parents.

À l'inverse, les dispositions hors assistance éducative conduisent à substituer le parent dans son rôle soit par une délégation d'autorité parentale, soit par l'ouverture d'une tutelle. Elles sont donc restreintes aux situations les plus graves où la substitution du parent est justifiée par son comportement fautif, le désintérêt dont il fait preuve à l'égard de sa fonction, ou la dangerosité de son comportement envers l'enfant. Dans le cas du parent-mineur, elles ne font que le priver de son statut de parent en ne laissant subsister que son statut de mineur. Il convient d'aborder les dispositions susceptibles d'aménager ces deux statuts non seulement de *lege lata* mais également de *lege ferenda*.

TITRE II : VERS UN STATUT DE PARENT-MINEUR

573. En raison du caractère éminemment personnel attribué à l'autorité parentale, en raison de son lien avec la filiation juridique, le statut de parent suffit à faire présumer l'aptitude et la capacité de la personne à exercer cette fonction. En dépit de la spécificité de la situation des parents-mineurs, l'attribution du statut de parent et l'exercice de l'autorité parentale ne modifient en rien leur situation juridique personnelle liée à leur minorité. Celle-ci se caractérise par la coexistence de deux statuts fondamentalement différents dont l'articulation n'a pas été prévue. Il convient dans cette éventualité d'étudier leurs aménagements respectifs pour aller vers un statut de parent-mineur susceptible de concilier la protection due à sa minorité et l'autonomie requise pour sa fonction de parent. Confronté à un parent-mineur qui peine manifestement à assumer son rôle malgré les actions éducatives dont il a pu bénéficier. Dans cette situation, il convient d'aménager son statut parental pour assurer une meilleure protection à son enfant (**Chapitre I : Les aménagements du statut de parent du mineur**). Pour autant, « ce n'est pas parce que le statut juridique du mineur parent est atypique qu'il faut mettre en place, par empathie et sous couvert de l'aider, des mesures juridiquement inadéquates, souvent confiscatoires et non opérationnelles »¹. Lorsque le parent-mineur assure la prise en charge quotidienne de son enfant, il est également nécessaire de lui permettre d'investir pleinement son rôle, ce qui implique de prévoir des mécanismes juridiques susceptibles d'aménager son statut de mineur et par ce biais, d'adapter sa protection à ses besoins d'autonomie juridique requise pour l'exercice quotidien de son autorité parentale (**Chapitre II : Les aménagements du statut de mineur du parent**).

¹ C. Neirinck, « Minorité, maternité, autorité parentale », in *Dr. fam.*, novembre 2012, comm. p. 169.

Chapitre I : Les aménagements du statut de parent du mineur

574. Si la société place une certaine confiance dans les choix et les actions des parents, ceux-ci peuvent être placés dans une situation de vulnérabilité qui ne leur permet plus d'assumer convenablement la mission de protection mise à leur charge en dépit des actions éducatives dont ils ont pu bénéficier. Dans cette situation, la législation prévoit la possibilité d'aménager juridiquement l'exercice de l'autorité parentale, pour assurer de manière pérenne la continuité de la protection due à l'enfant. Ces aménagements sont susceptibles de représenter une réponse adaptée à la situation juridique du parent-mineur en aménageant son statut de parent. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que le droit positif permet de modifier l'exercice de l'autorité parentale. L'intérêt est ici de favoriser un partage temporaire de cette charge avec un tiers qui sera plus à même que le parent de protéger l'intérêt de son enfant. En cas de défaillance de la protection fondée sur la filiation, le droit prévoit la possibilité de substituer le parent en cas de nécessité, instaurant une protection reposant sur la parentalité. Lorsque les difficultés parentales sont généralisées et en arrivent au point de priver l'enfant de sa protection, il est possible d'ouvrir une tutelle à son bénéfice. Cette protection aura vocation à se substituer à l'autorité parentale pour tout ou partie (**Section I**). Si les circonstances l'exigent, les parents peuvent demander ou se voir imposer une délégation de leur droit au bénéfice d'un tiers qui prendra l'enfant en charge. Cette délégation forcée ou volontaire aura pour conséquence de les substituer dans l'exercice des droits dont ils disposent sur l'enfant (**Section II**). Si la délégation totale fait du tiers le seul protecteur de l'enfant au détriment du parent substitué, la délégation partielle permet d'instaurer une complémentarité entre les parents et le tiers qui seront amenés à collaborer dans l'intérêt de l'enfant. Ces dispositions applicables à tous les parents offrent une réponse juridique adaptée à la vulnérabilité des parents-mineurs. Elles permettent d'organiser l'exercice de l'autorité parentale proportionnellement aux aptitudes et capacités des parents, tout en tenant compte de la diversité parfois complexe des environnements familiaux.

Section I : L'ouverture d'une tutelle au bénéfice de l'enfant du parent-mineur

575. Si les décisions et les actions réalisées par les parents dans le cadre de leur fonction bénéficient d'une présomption de conformité à l'intérêt de leur enfant, cette dernière n'est pas irréfragable. Comme pour les majeurs, la filiation ne garantit en rien la qualité de la gestion ou de la protection que le parent pourra proposer à son enfant, que ce soit sur le plan patrimonial ou extrapatrimonial. Lorsque le parent peine à exercer sa fonction ou est défaillant, la loi permet à titre exceptionnel l'ouverture d'une tutelle adaptée aux difficultés parentales (§ 1). Cette mesure de protection ne met pas nécessairement un terme au rôle du parent-mineur auprès de son enfant, car selon les difficultés rencontrées, il peut être pleinement intégré à son fonctionnement (§ 2).

§ 1 : L'ouverture exceptionnelle et proportionnée de la tutelle

576. Hormis le décès des parents, le Code civil prévoit l'ouverture d'une tutelle de leur vivant pour préserver les intérêts de l'enfant confronté à un parent qui ne parvient manifestement pas à assumer son rôle. Ce recours est strictement encadré pour qu'il ne devienne pas disproportionné à l'objectif recherché. La mise en place d'un régime tutélaire constitue une atteinte portée à l'autorité parentale, il se doit donc de préserver au mieux les droits parentaux en fonction des aptitudes et la capacité de leurs titulaires. La loi limite le recours à la tutelle complète aux situations de défaillances généralisées de la protection parentale portant atteinte à la personne de l'enfant (A). Les difficultés des parents dans l'administration du patrimoine de leur enfant ne peuvent légitimer qu'une tutelle limitée aux biens (B).

A- La tutelle complète due à la défaillance de l'autorité parentale

577. La première hypothèse de substitution du parent par la tutelle est prévue à l'article 390 du Code civil et résulte à l'exception de leur décès, de la privation de l'exercice de leur autorité parentale sur le fondement de l'article 373 du Code civil. Si le Luxembourg et la Suisse recourent à ce mécanisme de manière systématique pour ordonner l'ouverture d'une tutelle complète au bénéfice de l'enfant dont les parents sont eux-mêmes mineurs, il convient de s'interroger sur la transposition de ce régime en France, et ses éventuelles répercussions sur la place conservée par le parent-mineur dans la prise en charge de son enfant (1). Les autres hypothèses d'ouverture, impliquent un comportement volontaire du parent qui prive l'enfant de l'effectivité de sa protection en raison d'une précarisation de la fonction parentale qui justifie son retrait. Faute de parent apte à exercer l'autorité parentale, cette protection laissera place à une tutelle (2).

1. Les difficultés d'une ouverture fondée sur la privation de l'exercice de l'autorité parentale

578. Tout comme l'Espagne et contrairement à la Suisse¹, la législation civile du Luxembourg a évolué à partir de la même base textuelle que la législation française, à savoir le Code civil napoléonien de 1804. Sur une même question, les réponses apportées par ces différents systèmes juridiques diffèrent radicalement. Si le système français considère que les parents bénéficient de plein droit de l'attribution de l'autorité parentale et de son exercice quel que soit leur âge², l'interprétation faite par le Luxembourg de ce même *corpus* législatif l'a conduit à refuser systématiquement cet exercice aux mineurs, conception défendue par une partie de la doctrine française³. Contrairement à la Suisse qui refuse explicitement l'attribution de l'autorité parentale à un parent-mineur⁴, conduisant à l'ouverture d'une tutelle au bénéfice de l'enfant⁵, le Luxembourg ne dispose d'aucun article aussi explicite ; il convient de s'intéresser à ce régime pour en comprendre la logique.

579. Le Service national de la Jeunesse luxembourgeois⁶ rappelle que lorsque « la mère de l'enfant est elle-même mineure, l'exercice de l'autorité parentale est dévolu en entier au père sous réserve qu'il soit majeur. Dans le cas où le père est lui-même mineur il y a lieu à ouverture d'une tutelle avec désignation d'un administrateur public qui sortira ses effets jusqu'à la majorité de l'un ou l'autre parent. »⁷ L'application de cette règle se traduit dans les statistiques des juridictions publiées par le ministère de la Justice du Luxembourg et ressort de l'intitulé même la catégorie statistique consacrée aux mesures de tutelle : « Tutelles, mères mineures, demandeurs d'asile... »⁸ Outre le fait que la question de la parenté n'est abordée que par l'angle de la mère, il est possible d'expliquer le recours systématique à la tutelle plénière par la combinaison des articles 376 et 390 du Code civil luxembourgeois. Le premier dispose que le parent qui est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause, perd l'exercice de l'autorité parentale ou en est provisoirement privé. Dans l'éventualité où les deux parents sont concernés, une tutelle est automatiquement ouverte au bénéfice de l'enfant conformément à l'article 390 de ce même Code.

¹ Le Code civil suisse n'a été codifié qu'en 1907 et n'est entré en vigueur qu'au 1^{er} janvier 1912.

² V. *supra* nos 165 s.

³ V. Y. Buffelan-Lanore, « Minorité – Droits propres de l'enfant », *op. cit.* n° 45 ; v. aussi : A.-M. Sohm-Bourgeois, « V° Minorité, Majorité », *op. cit.*, n° 35.

⁴ Art. 296 C. civ. suisse.

⁵ Art. 327 C. civ. suisse.

⁶ Le Service national de la Jeunesse est une administration de l'État luxembourgeois qui est actuellement rattaché au Ministère de l'Éducation nationale, de l'Enfance et de la Jeunesse, qui a notamment pour mission d'informer les enfants sur leurs droits.

⁷ V. les informations disponibles sur le site droits et devoirs du Luxembourg (Service national de la Jeunesse et Centre de Médiation) : <http://droitsetdevoirs.lu/fr/contenu/le-jeune-et-ses-parents/autorite-parentale-et-sa-delegation/definition/exercice-de-lautorite>, [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁸ Ex. : statistiques des juridictions, parquets et de l'administration pénitentiaire de l'année 2017, disponible sur le site : Justice.lu. ; les tribunaux d'arrondissement du Luxembourg et de Diekirch dénombrent 262 tutelles mineures ouvertes en 2017 pour des mères mineures ou des demandeurs d'asile. Ces deux catégories étant assimilées dans les statistiques, il n'est donc pas possible d'estimer le nombre exact de tutelles ouvertes pour des mères-mineurs faute de connaître le nombre de tutelles ouvertes au bénéfice des demandeurs d'asile mineurs.

580. Ces dispositions se présentent dans des termes quasi identiques au sein de la législation française, aux articles 373 et 390 du Code civil. Ces textes énoncent d'une part qu'« est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause »¹ et d'autre part que « la tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère [...] se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale ». Dans ces conditions, comment expliquer que le Luxembourg ouvre une tutelle, là où la France s'y refuse ? Ces deux pays reconnaissent pourtant la possibilité pour le parent² « même mineur » d'exercer l'action en recherche de paternité durant la minorité de l'enfant³. De plus, tous deux disposent d'une législation similaire en matière d'interruption volontaire de grossesse. La notion de caractère éminemment personnel de certains droits reconnus récemment par la législation française n'est pas pour autant ignorée du droit luxembourgeois, mais contrairement à la France, le Luxembourg n'a pas intégré l'autorité parentale dans la sphère d'intimité propre à chaque individu, hors d'atteinte de sa protection personnelle⁴.

581. Une explication peut être avancée, eu égard aux dispositions encadrant les mesures de protection des majeurs vulnérables. La France distingue, en matière extrapatrimoniale, les actes simplement personnels⁵ pour lesquels la personne demeure autonome, mais qui peuvent faire l'objet d'une assistance ou d'une représentation selon son état, et les actes strictement personnels, dont le consentement ne peut émaner que de son titulaire⁶. L'objectif est ici de préserver l'autonomie de la personne pour instaurer un principe de nécessité et de proportionnalité de sa protection⁷. Au Luxembourg, c'est au juge que la loi attribue la charge d'énumérer les actes que la personne protégée est capable de réaliser elle-même, soit seule, soit avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu. Cette délimitation de la capacité des personnes protégées intervient au moment de l'ouverture de la tutelle ou dans un jugement postérieur, sur l'avis du médecin traitant⁸. La protection peut absorber l'intégralité de la personnalité juridique du protégé à l'exception des dérogations explicitement prévues par le juge. L'autorité parentale peut dans ces conditions, faire l'objet d'une assistance ou d'une représentation juridique. L'exercice des droits parentaux est soumis à un discernement envisagé de manière uniforme et correspond au stade de maturation le plus évolué, autrement dit, à l'aptitude à se montrer « raisonnable ». Aptitude à l'égard de laquelle seul le majeur bénéficie d'une présomption légale. En raison de son immaturité, l'enfant apparaît pour le droit luxembourgeois hors d'état de manifester

¹ Les situations énumérées par l'article ont été réduites par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui a notamment supprimé de ces causes la délégation, le retrait total ou partiel de l'autorité parentale ainsi que la condamnation du chef de l'abandon de famille ; v. V. Larribau-Terneyre, « Administration légale et tutelle », in *Rép. proc. civ.*, n°s 147 et s.

² Exclusivement la mère concernant le Luxembourg.

³ Art. 340-2 C. civ. lux., art. 328 C. civ. fr.

⁴ Sur le droit de la famille Luxembourgeois, v. D. Du Bois, A. Huberty, *Droit de la famille*, éd. Legitech, 1^{ère} éd., 2019.

⁵ Art. 459 C. civ.

⁶ Art. 458 C. civ.

⁷ V. recommandation adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 23 février 1999 sur les principes concernant la protection des majeurs incapables, Rec. (1999)4, principes n°s 5, 6 et n°s 38 à 40.

⁸ Art. 501 C. civ. lux., cette énumération n'est qu'une simple faculté offerte au juge, car la loi énonce qu'il « peut » et non « doit ». Une disposition similaire existe à l'article 511 C. civ. lux. concernant les majeurs sous curatelle.

sa volonté, du seul fait de son incapacité juridique et de son immaturité présumée. Ce raisonnement conduit à le déposséder automatiquement de l'exercice de son autorité parentale tant qu'il n'aura pas atteint l'âge de sa majorité. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre la précision apportée par le Service national de la Jeunesse qui considère que « dans certains cas, comme par exemple si le père et la mère de l'enfant n'habitent pas ensemble ou si le père, bien que majeur, est encore trop immature pour assurer l'exercice de l'autorité parentale, il y a également lieu à ouverture d'une tutelle avec désignation d'un administrateur public qui aura les attributions de l'autorité parentale sur l'enfant jusqu'à la majorité de la mère »¹. C'est bien l'immaturité du parent qui justifie la privation de l'exercice de son autorité parentale. En l'absence de parent apte à exercer l'autorité parentale sur l'enfant, il y a lieu d'ouvrir une tutelle pour restaurer sa protection. Cette dernière sera nécessairement complète, l'absence présumée de discernement du parent-mineur s'oppose à l'exercice de l'autorité parentale dans tous ses attributs qui seront pour cette raison confiés à un administrateur public.

582. Ce raisonnement ne peut être transposé en droit français, car il existe une distinction fondée sur la nature et les effets du droit organisant l'exercice pour les personnes vulnérables qui permet de moduler les attentes en matière de discernement². L'objectif est ici d'éviter que la personne ne soit totalement absorbée par sa protection et conserve malgré tout une sphère d'autonomie, dont la portion congrue réside dans les droits de nature éminemment personnelle. Il apparaît que seule l'impossibilité de manifester une volonté propre est de nature à entraîner la perte automatique³ et totale de l'exercice de l'autorité parentale sur les fondements de l'article 373 du Code civil⁴. Ce n'est qu'à cette condition qu'une tutelle pourra être ouverte conformément à l'article 390 de ce même Code⁵. Les obstacles à l'expression de la volonté du parent tels que l'éloignement géographique, l'incarcération⁶, l'absence, la disparition ou encore un état comme le coma peuvent conduire à la perte de l'autorité parentale. L'état de santé du parent ne conduit à la perte de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 373 du Code civil, qu'à condition qu'il constitue un obstacle à l'expression de sa volonté ; dans le cas contraire, il convient de trouver un autre fondement pour adapter la fonction parentale à la vulnérabilité du parent⁷.

¹ Ces informations sont disponibles sur le site droits et devoirs du Luxembourg (géré par le Service national de la Jeunesse et le Centre de Médiation) à l'adresse : <http://droitsetdevoirs.lu/fr/contenu/le-jeune-et-ses-parents/autorite-parentale-et-sa-delegation/definition/exercice-de-lautorite>, [consulté le 1^{er} octobre 2019].

² V. *supra* n°s 212.

³ Automatique dans le sens où le juge n'a pas à en décider si l'impossibilité est constatée, toutefois il doit s'assurer de la réalité de la situation qui empêche le parent d'exprimer sa volonté. Bien qu'automatique la perte de l'autorité parentale n'en demeure pas moins soumise à un contrôle judiciaire ; v. A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, n° 358.

⁴ A. Gouttenoire, « Autorité parentale : exercice », *op. cit.*, n° 234. 161.

⁵ Les autres cas légitimant l'ouverture d'une tutelle complète sont conditionnés au comportement ou au désintérêt du parent qui place l'enfant dans une situation de danger manifeste, sur ce point : v. *supra* n°s 561 s., *infra* n°s 587 s.

⁶ Le juge doit motiver sa décision en démontrant en quoi les modalités d'incarcération n'empêchent pas le parent d'exprimer sa volonté. Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 8 novembre 1982, n°80-12309, *Bull. civ.* I, n° 323 ; *JCP* 1983, IV, p. 30 ; *Defrénois* 1983, p. 777, obs. J. Massip ; *RDSS* 1984, p. 125, obs. Raymond.

⁷ TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP* 1990, II, p. 21514, note T. Fossier ; CA. Lyon, 18 juin 2013, n° 12-05902 ; R. Ouédraogo, « Le contentieux de l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale : développements récents », *AJ. fam.* 2017, p. 173.

L'incapacité entendue en tant que régime de protection ne suffit donc pas pour entraîner la perte de l'exercice de l'autorité parentale.

583. Contrairement à la législation luxembourgeoise, le droit français a introduit le concept de nécessité et de proportionnalité de la protection à l'article 415 alinéa 2 du Code civil. Cet article rappelle que la protection du majeur est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et la dignité de la personne protégée. Seuls les droits dont l'exercice personnel est manifestement incompatible avec l'état de la personne pourront faire l'objet d'un aménagement. « En fait, l'incapacité civile des parents n'obère pas *a priori* leurs capacités affectives et éducatives ; la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant ne sont pas forcément en danger du fait du majeur protégé »¹. Il est essentiel que les troubles mentaux ou physiques aient une incidence directe sur les facultés de la personne à exprimer une volonté propre², de nature à faire obstacle à l'exercice de l'autorité parentale. « Le maintien de l'exercice normal par le majeur protégé de l'autorité parentale est la règle, le placement sous tutelle ou sous curatelle d'un individu n'est pas de nature à restreindre ses droits parentaux »³. Il est possible de déduire que la seule incapacité ne fait pas obstacle à l'expression d'une volonté personnelle au sens de l'article 373 du Code civil. La Cour d'appel de Paris a écarté l'argument d'une mère qui souhaitait se voir confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale, car elle estimait que le père n'était pas toujours à même de donner un avis éclairé⁴. « L'existence d'un régime de protection constitue donc seulement un indice : le père ou la mère qui aurait besoin de prouver qu'il exerce seul l'autorité parentale doit faire constater par le juge des tutelles que l'autre parent est hors d'état de manifester sa volonté »⁵. L'article 373 du Code civil repose sur une appréciation qualitative du discernement⁶ et offre une illustration de son plus bas niveau : l'impossibilité d'exprimer une volonté propre appréciée *in concreto*.

584. Concernant les parents-mineurs, c'est l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 4 juillet 2012 qui rappelle que l'âge et la protection qui en résulte, ne sont pas des obstacles légaux à l'exercice de l'autorité parentale⁷. La solution de cet arrêt est transposable aux tutelles ouvertes sur le fondement des articles 373 et 390 du Code civil, l'âge ne constitue pas un obstacle juridique à l'exercice de l'autorité parentale,

¹ T. Fossier « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », *JCP*, 1985, I, p. 3195. ; note sous TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP* 1990, II, p. 21514.

² A l'égard du majeur protégé cette volonté est qualifiée de « consciente » en raison de son état. Il n'apparaît pas pertinent de parler de volonté consciente à l'égard du mineur, car celui-ci n'est pas atteint d'un trouble mental, il s'avère juste immature. Il est conscient, ce qui importe c'est qu'il puisse émettre une volonté qui lui est propre, indépendante de celle que pourrait exprimer ses parents. Dans le cas contraire cela signifie qu'il ne peut décider de manière autonome et qu'il ne dispose pas du discernement suffisant pour exercer l'autorité parentale qui l'amène à décider pour son enfant.

³ R. Ouédraogo, « Le contentieux de l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale : développements récents », *op. cit.*, et réf. cit.

⁴ V. CA Paris, 26 novembre 2015, n° 14-18315 ;

⁵ A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, n° 356.

⁶ V. sur la distinction entre l'évaluation quantitative et qualitative du discernement : F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G* 1984, I, p. 3142.

⁷ V. *supra* n°s 202 s.

confirmant l'idée de l'évaluation du discernement selon la nature du droit que le titulaire souhaite exercer. Lorsqu'il s'agit de droits dont la nature est éminemment personnelle, tels que l'autorité parentale sur la personne, les attentes en matière de discernement à l'égard du parent se limitent à sa forme la plus simple : l'aptitude à exprimer une volonté propre. Par exemple, il « convient de respecter le choix d'une majeure protégée qui, capable d'évoluer et de faire des progrès sur le plan intellectuel, affectif et social, et non dépourvue de volonté propre, a émis le souhait de rester près de son père »¹. Les décisions et les actions des parents bénéficient d'une présomption de conformité avec l'intérêt de leur enfant. L'évaluation qualitative du discernement du parent et l'adéquation de ses choix avec l'intérêt de son enfant ne peuvent faire l'objet que d'un contrôle *a posteriori*, en fonction du danger auquel les décisions prises ou la mauvaise gestion parentale exposent l'enfant. Tout comme l'incapacité du majeur, celle du mineur n'a pas vocation à faire obstacle de plein droit à l'exercice de l'autorité parentale, lorsqu'il est apte à exprimer une volonté propre. L'article 373 du Code civil ne concerne éventuellement que les plus jeunes parents-mineurs, dont l'immaturité physique fait obstacle à l'expression d'une volonté propre. Cette éventualité n'est toutefois que théorique, car cette même immaturité les place dans l'incapacité de procréer, car impubères². En conclusion, cet article ne trouve pas un intérêt particulier pour s'appliquer dans la situation des parents-mineurs³. Le recours à l'ouverture d'une tutelle complète sur les fondements des articles 373 et 390 du Code civil pour aménager l'exercice de l'autorité parentale demeure exceptionnel. Son utilisation dans le cas des parents-mineurs doit être écartée, l'âge ne faisant pas obstacle à l'expression d'une volonté propre. L'expression d'une volonté non conforme aux intérêts de l'enfant ne conduit pas à la perte de l'autorité parentale, mais à la mise en place dans un premier temps d'une protection subsidiaire par l'aide ou l'assistance éducative, destinée à soutenir le parent dans son rôle⁴. Ce n'est qu'en cas d'échec de la protection de l'enfance pour restaurer l'autonomie du parent dans sa fonction et après le retrait de l'exercice de son autorité parentale qu'il convient d'envisager l'ouverture d'une tutelle complète au bénéfice de son enfant.

2. *Le caractère exceptionnel de l'ouverture d'une tutelle suite au retrait de l'autorité parentale*

585. « L'ouverture d'une tutelle est assez rare, car elle témoigne d'une certaine défaillance parentale »⁵ ; cependant, les difficultés rencontrées par le parent dans la gestion patrimoniale peuvent conduire le juge à observer leur généralité, permettant l'ouverture d'une tutelle complète. En principe, tant que le parent demeure apte à exercer l'autorité sur la personne, l'ouverture d'une tutelle aux biens ne lui confère pas le statut de tuteur à la personne de son enfant⁶. Le parent demeure titulaire de

¹ V. Cass., civ. 1^{ère}, 25 mars 1997, *Defrénois* 1997, art. 36690, n° 142, p. 1338, obs. J. Massip ; *RTD. civ.* 1997, p. 634 obs. J. Hauser.

² CA Douai, 6 juin 1851 : DP 1852, 2, p. 221 : Pour un mineur de 13 ans lors de la reconnaissance ; Amiens, 20 décembre 1923, DP 1924, 2, p. 238, pour un mineur de 12 ans.

³ L'article 373 du Code civil n'envisage comme cause de perte de l'autorité parentale que le fait pour le parent d'être hors d'état d'exprimer une volonté. L'incapacité, l'absence ne sont ici que des causes susceptibles d'entraîner un tel état.

⁴ V. *supra* nos 474 s.

⁵ I. Copart, « Tutelle des mineurs : un régime exceptionnel et complexe », *AJ. fam.*, 2010, p. 414.

⁶ V. *infra* nos 597 s. ; v. *contra* : Y. Buffelan-Lanore, « Minorité », *op. cit.*, nos 47 et 60.

l'autorité parentale et le protecteur légalement désigné de son enfant. L'ouverture d'une tutelle complète est strictement encadrée par la loi, elle entraîne *in fine* la dépossession du parent de ses droits dans l'intérêt de son enfant. La tutelle complète de l'enfant du parent-mineur fait suite à une défaillance du mineur dans sa fonction de parent. Si l'âge du parent ne constitue pas une cause de privation automatique de l'autorité sur le fondement de l'article 373 du Code civil, son incapacité juridique ne permet pas de justifier à elle seule l'éviction du parent de la mission de protection qui lui a été également confiée sur les biens de son enfant¹.

586. En dehors de l'article 373, le Code civil envisage l'ouverture d'une tutelle complète en cas de décès des deux parents, de retrait de leur autorité parentale ou encore de l'absence de filiation déclarée de l'enfant². Ces différents cas d'ouverture ont pour point commun le fait que la protection personnelle de l'enfant n'est plus assurée par ses père et mère, soit de manière irrévocable du fait de leur décès, soit en raison de leur comportement. C'est cette absence de protection qui justifie le recours à la tutelle complète. Contrairement à la délégation, elle ne requiert pas de consentement parental. Du vivant des parents, le retrait de leur autorité parentale résulte des dispositions des articles 378 et suivant du Code civil. Ce retrait intervient soit à l'occasion d'une condamnation pénale en raison d'un crime ou d'un délit commis par le parent envers son enfant, et lorsque ce retrait est dans l'intérêt de ce dernier³, soit de leur association au crime ou au délit commis par leur enfant⁴. Il ne s'agit pas d'une condamnation pénale accessoire à la peine, mais d'une mesure de protection de nature civile de l'enfant⁵. En l'absence de condamnation pénale, le retrait de l'autorité parentale peut être ordonné lorsque les agissements du parent « mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant »⁶ ou en raison du désintérêt des parents durant les deux années suivant l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative⁷. Le retrait trouve ici sa cause dans le comportement parental constitutif d'une faute civile⁸. Ce comportement doit se répercuter sur la personne de l'enfant, ce n'est qu'à cette condition qu'une tutelle pourra être ouverte tant à l'égard des biens que de la personne de l'enfant, et ce, du vivant des parents. Dans cette éventualité, « la juridiction saisie devra, si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale, soit désigner un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié, à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle »⁹, soit en cas de vacance, confier l'enfant au service départemental de l'Aide Sociale à l'Enfance, sous réserve que ce comportement parental mette

¹ Sur l'exercice de l'administration légale par un parent-mineur, v. *supra* n°s 279 s.

² Art. 373-5 et 390 C. civ.

³ Le retrait de l'autorité parentale ne peut être prononcé automatiquement après une condamnation pénale sauf à rompre systématiquement les liens qu'entretient l'enfant avec son parent, ce qui est contraire à son intérêt. Ce retrait doit être apprécié par le juge à la seule lumière de l'intérêt de l'enfant, conformément à l'arrêt de la CEIDH du 17 juillet 2012, M.D. et A c/ Malte, req. n° 64791/10, *Dr. fam.* 2013, Étude 3, n 7, obs. A. Gouttenoire.

⁴ Art. 378 C. civ. ; v. C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n°s 685 s.

⁵ *Ibid.* n° 688 ; Cass., civ. 1^{ère}, 14 avril 1982, *D.* 1983, p. 294, note J. M.

⁶ Art. 378-1 C. civ.

⁷ *Ibid.* al. 2

⁸ C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n°s 690 s.

⁹ Art. 380 C. civ.

manifestement en danger l'enfant dans sa sécurité, sa santé ou sa moralité¹. Le caractère « manifeste » dans la caractérisation de ce comportement et du danger qu'il engendre pour l'enfant² s'oppose à ce qu'ils soient présumés de la seule minorité du parent³. De plus, les carences parentales doivent être particulièrement graves pour justifier ce retrait, car il libère de plein droit⁴ l'enfant de son obligation alimentaire à l'égard de son parent⁵. Si le parent-mineur n'a pas assumé les obligations que sa filiation mettait à sa charge au bénéfice de son enfant, il y a tout lieu de libérer ce dernier de obligations que cette filiation met à sa charge au profit de son parent.

587. Dans ces conditions, le retrait de l'autorité parentale et l'ouverture de la tutelle sont motivés exclusivement par l'intérêt supérieur de l'enfant et la nécessité de le protéger de son parent-mineur. La tutelle s'inscrit moins dans un esprit d'accompagnement du parent que dans celui de son remplacement. Le retrait peut être total ou ne concerner que certains attributs de l'autorité parentale⁶, dans cette éventualité, il faudra concilier la tutelle avec les droits conservés par le parent-mineur. Le retrait total est le principe et le retrait partiel l'exception, car la restriction du retrait à certains attributs de l'autorité parentale n'est qu'une possibilité offerte au juge⁷, le caractère partiel pouvant également se montrer inadapté par le maintien du parent dans sa fonction. Lorsque le retrait total est prononcé, il « porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale »⁸. Le parent se voit retirer sa mission de protection et les droits qui lui ont été confiés sur son enfant par sa filiation, « les parents déchus ne sont plus titulaires de l'autorité parentale »⁹. Compte tenu de la raison ayant conduit à l'ouverture de la tutelle, l'intégration du parent dans son fonctionnement est exclue¹⁰. En dehors des cas où le comportement du parent-mineur fait courir un danger manifeste à son enfant, la tutelle complète n'est pas adaptée à leur situation. L'action parentale du mineur ne doit pas être substituée, mais soutenue. L'objectif est de pallier les vulnérabilités inhérentes à sa minorité, et non de le substituer dans une charge qui lui est personnelle et d'ordre public¹¹. La tutelle plénière représente

¹ La dangerosité du parent pour les tiers ne permet pas de faire présumer sa dangerosité pour son enfant, car seulement éventuel : v. Cass., civ. 1^{ère}, 15 mai 1990, *Bull. civ.* I, n° 107 ; Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, *RJPF* 2001-6/35, obs. L. Blanc. ; Lyon, 22 mai 2001, *JCP* 2002, II, p. 10177, note T. Garé.

² « Le seul risque d'une éventuelle mise en danger de l'enfant ne permet pas de prononcer la déchéance de l'autorité parentale » Cass., civ. 1^{ère}, 6 juillet 1999, *Dr. fam.* 2000, n° 4, note P. Murat.

³ Pour un exemple pouvant être transposé à la situation d'un parent-mineur : « La déchéance de l'autorité parentale ne peut être prononcée contre la mère d'un enfant mineur au motif de sa fragilité mentale, sans rechercher si, par suite de son comportement ou de son état, l'intéressé mettait manifestement en danger la sécurité, la santé et la moralité de l'enfant », Cass., civ. 1^{ère}, 14 juin 1988, *Bull. civ.* I, n° 186, R., p. 154 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 797, note J. M.

⁴ Sauf disposition contraire du juge dans sa décision de retrait.

⁵ Art. 379 al. 2 C. civ.

⁶ En se contentant par exemple de retirer exclusivement le droit de garde comme l'indique l'article 380 C. civ.

⁷ Art. 379-1 C. civ.

⁸ Art. 379 C. civ.

⁹ A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, nos 424 s.

¹⁰ Art. 395 al. 4 C. civ.

¹¹ Art. 377 C. civ., v. le rôle attribué au ministère public durant la procédure : art. 1206 et s. C. civ.

l'ultime recours pour rétablir la protection d'un enfant exposé aux défaillances manifestes et volontaires¹ de son parent. Elle ne peut intervenir que dans les cas les plus extrêmes, faute d'alternative face à un parent qui s'obstine dans son comportement. Dans le cas contraire, la substitution de la tutelle porterait une atteinte injustifiée et disproportionnée non seulement à l'autorité du parent-mineur, mais aussi au droit de son enfant d'être élevé par lui². Lorsque les difficultés observées se limitent à l'administration des biens de son enfant, l'ouverture d'une tutelle sur les fondements de l'article 391 du Code civil doit être privilégiée³.

588. La Cour de cassation a admis dans un arrêt du 3 novembre 2004⁴ qu'une tutelle aux biens de l'article 391 du Code civil peut être étendue à la personne de l'enfant par le juge en raison du désintérêt dont a fait preuve le parent envers son enfant, sans qu'il soit nécessaire de déclarer judiciairement l'abandon de l'enfant⁵. Elle a confirmé le raisonnement de la Cour d'appel qui avait constaté que le père n'entretenait plus de relations avec son fils dont il se désintéressait et que la tutelle ouverte par le juge en application de l'article 391 du Code civil portait tant sur la personne du mineur que sur l'administration de ses biens, le père n'ayant plus l'exercice de l'autorité parentale, même s'il en conservait le droit. La tutelle n'est complète qu'à la condition que la protection de l'enfant ne puisse plus être assurée par ses parents en raison de l'abandon de la mission qui leur a été confiée par la loi. Il est ici question d'une survivance de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Cette jurisprudence limitait la tutelle de l'article 391 du Code civil aux biens de l'enfant à condition que le juge des tutelles ait préalablement constaté que le parent était toujours en état d'exercer l'autorité parentale sur la personne de l'enfant⁶, avant de la limiter à la gestion ses biens lors de l'arrêt précédemment cité du 13 décembre 1994⁷.

¹ V. Cass., civ. 1^{ère}, 13 janvier 1988, n° 96.05136, *Dr. fam.* 1998, n° 97, note P. Murat. En l'espèce, la Cour a estimé que les juges du fond ne pouvaient retirer totalement l'autorité parentale à la mère, en application de l'alinéa 2 de l'article 378-1 du Code civil, alors même qu'ils constataient que son état de santé ne l'empêchait pas d'exercer ses droits et devoirs de mère, qu'elle n'était pas hors d'état de manifester sa volonté ni de prendre des nouvelles de son enfant, alors qu'ils relevaient par ailleurs des troubles psychiatriques graves et durables.

² Art. 9 CIDE.

³ Sur l'évolution de l'administration légale en cas de difficultés observées dans la gestion parentale : v. *supra* nos 294 s. ; G. Raoul-Cormeil, « La personne âgée et le risque d'insanité », in dossier « La personne âgée, sujet de protection du droit », *RDSS* 2018, p. 790, spéc. p. 3 : « toute protection est une discrimination qui doit être instituée avec parcimonie. » ; v. également : J. Hauser, « Discrimination », *JCP G* 2016, édito, p. 704.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004, n° 03-05.056, *Bull. civ.* I, n° 246 ; *AJ. fam.* 2005, p. 20, obs. F. Chénédé ; *RDSS* 2005, p. 304, note F. Monéger ; *RTD. civ.* 2005, p. 100, obs. J. Hauser ; *JCP* 2006, II, p. 10008, note Geffroy et Nissabouri ; *Dr. fam.* 2005, comm. p. 122, obs. P. Salvage-Gerest ; *RJPF* 2005-3/37, note F. Eudier.

⁵ Art. 381 s. C. civ.

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 8 novembre 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 517, note J. Massip.

⁷ V. *supra* nos 284 et 291 : Cass., civ. 1^{ère}, 13 décembre 1994, *Deffrénois* 1995, p. 325, obs. J. Massip ; *RTD. civ.* 1995, p. 327, obs. Hauser.

B- L'ouverture d'une tutelle en raison des difficultés du parent dans la gestion des biens de son enfant

589. L'ouverture d'une tutelle peut être envisagée si l'enfant a encore un parent en vie et que celui-ci n'est pas privé de l'exercice de l'autorité parentale. L'article 391 du Code civil permet au juge de transformer l'administration légale en tutelle. Cette transformation est conditionnée à l'existence d'une cause grave permettant de légitimer cette atteinte à l'exercice de l'autorité parentale (1). Une fois ouverte, la question de son étendue se pose compte tenu de la généralité de la rédaction des textes qui l'organise. Si la gestion des biens suit le gouvernement de la personne, l'inverse ne paraît pas fondé juridiquement. La tutelle de l'article 391 du Code civil n'entraîne en principe aucune conséquence sur le gouvernement de la personne de l'enfant dont la charge est conservée par ses parents (2).

1. *La substitution de l'administration légale par la tutelle en raison d'une « cause grave »*

590. La question de l'exercice de l'administration légale par un parent-mineur, constitue la principale source de controverse doctrinale. Le recours systématique à la tutelle n'est ni envisageable ni souhaitable, car cela porterait une atteinte disproportionnée aux droits des parents-mineurs. La législation prend en considération la situation de vulnérabilité dans laquelle peut se trouver l'enfant en raison de sa grande dépendance à l'égard de ses parents. Si les père et mère ont vocation à se substituer à leur enfant sur la scène juridique, car l'autorité et la représentation leur permettent de gérer les différents aspects de sa vie civile. La confiance dans la conformité de leurs décisions à l'intérêt de l'enfant et celle placée dans leur aptitude à assumer leur fonction ne sont plus absolues. Les parents peuvent être dépassés dans leur charge au point de ne plus parvenir à défendre les intérêts de leur enfant. Si la précarité de la fonction parentale peut légitimer l'intervention du juge des enfants sur le fondement de l'article 375 du Code civil dans le cas où l'enfant est exposé à un danger, cette intervention se concentre essentiellement sur la protection de sa personne. Le juge des enfants peut veiller à la continuité de sa protection. Le droit positif prévoit l'intervention du juge des tutelles¹, lorsque l'administrateur légal n'est manifestement plus en capacité d'apporter dans sa gestion « des soins prudents, diligents et avisés dans le seul intérêt de l'enfant »².

591. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 15 octobre 2015³, le juge des tutelles pouvait décider de transformer à tout moment l'administration légale sous contrôle judiciaire en tutelle⁴. Cette transformation ne pouvait intervenir dans l'administration pure et simple qu'en raison d'une cause grave⁵. En préservant uniquement le régime d'administration pure et simple, quelle que soit la

¹ Dont les attributions ont été confiées au juge aux affaires familiales depuis la loi du 12 mai 2009, n° 2009-526.

² Art. 385 C. civ.

³ Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, portant simplification et modernisation du droit de la famille, JO 16 octobre 2015, p. 19304, texte n° 10

⁴ Anc. art. 391 al. 1 C. civ.

⁵ Anc. art. 391 al. 2 C. civ. ; G. Raymond, « Administration légale et tutelle », *op. cit.*, n°s 146 s.

composition familiale, l'ordonnance a conservé l'existence d'une cause grave, pour toute transformation en tutelle, instaurant une continuité avec le droit antérieur¹. Une circulaire du 1^{er} juillet 1966², rappelait que le rôle du magistrat n'est pas celui d'un gestionnaire, mais d'un contrôleur : « la loi l'a essentiellement chargé de déceler les cas aberrants dans lesquels la famille ne s'acquitterait pas normalement de son rôle ». Cette circulaire poursuit par un conseil destiné aux juges : « s'ils veulent se montrer respectueux de l'esprit de la loi », ils doivent éviter « toute initiative intempestive » dans la gestion parentale.

592. La notion de cause grave renvoie moins à une cause déterminée qu'au caractère exceptionnel de cette transformation, il est possible d'envisager que ces difficultés soient d'une ampleur équivalente à une absence de protection patrimoniale. Il est nécessaire que la gestion de l'administrateur légal porte une atteinte manifeste aux intérêts patrimoniaux de l'enfant. Cette transformation, qui entraîne la disparition de l'administration légale, se justifie par la démonstration de l'incompétence de l'administrateur légal en matière de gestion patrimoniale³, d'une prodigalité à l'égard des biens gérés⁴ ou par le fait de favoriser un intérêt autre que celui de l'enfant. La Cour de cassation considère que la tutelle de l'article 391 du Code civil a pour seul objet de pallier la carence de l'administrateur légal dans sa gestion des biens du mineur⁵.

593. S'est alors posée la question de savoir si l'incapacité personnelle du parent est une cause suffisamment grave pour justifier la substitution de l'administration légale par une mise sous tutelle de l'enfant. La doctrine a répondu par l'affirmative concernant le parent-majeur protégé⁶. Cette position reposait sur le fait que les modalités de fonctionnement de l'administration légale étaient organisées dans le Code civil par renvoi aux dispositions organisant la tutelle. En raison de ce lien, l'article 395 du Code civil était transposé à l'autorité parentale. Ce texte prévoit explicitement l'incapacité du majeur protégé pour l'exercice des charges tutélaires. La présomption d'incapacité légales prévues pour l'exercice des charges tutélaires a fait du régime de protection des majeurs une cause de perte de l'administration légale pour un parent en raison des renvois opérés par le législateur entre ces deux régimes⁷. Cette perte systématique fait l'objet d'un certain nombre de critiques⁸. Si elle se comprend

¹ V. A. Gouttenoire, « Représentation et administration légale », in *Dr. fam.*, *op. cit.*, n°s 237. 191 s.

² Circulaire du 1^{er} juillet 1966 relative à la tutelle et à l'émancipation, *JO* 07 Juillet 1966, texte n° 5786. De plus les articles 387-3 et s. C. civ., permettent d'organiser le contrôle judiciaire de la gestion du parent, l'administration légale sous contrôle judiciaire demeure possible, ce qui signifie que la tutelle est que l'ultime recours ouvert au juge afin de préserver les intérêts patrimoniaux de l'enfant des carences de ses administrateurs légaux.

³ TGI Beauvais, 3 octobre 1968, *Gaz. Pal.* 1968, 2, p. 318 ; TGI Annecy, 4 février 1970, *Gaz. Pal.* 1970, 1, p. 347 ; Cass., civ. 1^{ère}, 17 juillet 1978, *D.* 1980, p. 17.

⁴ Circulaire du 1^{er} juillet 1966, *op. cit.*, n° 36.

⁵ Cass., avis du 24 mars 2014, *AJ. fam.* 2014, p. 372, obs. H. Monet.

⁶ T. Verheyde, « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ. fam.* 2012, p. 257 ; sur l'exercice de l'autorité parentale par un parent majeur protégé : A. Batteur, « Le majeur protégé et l'enfant », in *Nouveau droit des majeurs protégés*, G. Raoul-Cormeil (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 237. M. Portefaix, *Le parent vulnérable*, *op. cit.*

⁷ Raisonnement appliqué par le TI Saint-Omer, dans le cadre de sa décision du 3 mai 1989, *JCP* 1990, II, p. 21514.

⁸ A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 4^{ème} éd., 1989, n°s 152 et 160 ; P. Portefaix, *Le parent vulnérable*, *op. cit.*, pp. 266 et s., n°s 646 et s.

vis-à-vis des majeurs en tutelle que dire des curatelles, de la sauvegarde de justice ou du mandat de protection futur ? Dans ces circonstances, la personne peut conserver son aptitude à décider pour elle-même et préserver, dans une certaine mesure, sa capacité juridique¹. L'ordonnance de 2015 a supprimé les renvois opérés entre l'administration légale et la tutelle en abrogeant l'article 389-7 du Code civil. En renforçant le lien existant entre l'administration légale et l'autorité du parent, le législateur rappelle que cette administration n'est que l'attribut patrimonial de l'autorité parentale. L'administration légale se rapproche du fonctionnement de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant², ce faisant, l'exclusion systématique du parent majeur protégé a perdu son fondement textuel, si bien qu'il est possible de s'interroger sur la pertinence de cette perte systématique de l'administration légale par un parent majeur protégé, instaurée par la jurisprudence antérieure. Pour cette raison, il conviendrait que le juge procède à une évaluation qualitative du discernement du parent afin d'évaluer si son action est de nature à nuire aux intérêts de son enfant, justifiant ainsi la transformation de l'administration légale en tutelle.

594. Concernant le parent-mineur, la réponse est moins équivoque, l'article 395 du Code civil a toujours considéré qu'un mineur non émancipé pouvait exercer les charges de la tutelle lorsqu'il s'agit du père ou la mère de l'enfant. Les parents-mineurs ont toujours bénéficié de l'exercice de l'administration légale sur leur enfant³, en dépit de leur situation juridique personnelle. La transformation en tutelle ne peut donc intervenir que de manière exceptionnelle, motivée par l'existence d'une cause grave qui ne peut résulter ni du seul âge du parent ni de son incapacité juridique personnelle. Seul un « danger qualitatif ou quantitatif que l'administrateur légal fait courir au mineur »⁴ est de nature à justifier la transformation de l'administration légale. Ce danger doit atteindre un tel degré d'importance et de gravité que le placement sous contrôle judiciaire prévu dans le cadre des articles 387-3 et suivants du Code civil, ne suffit pas pour retrouver une bonne gestion parentale. Compte tenu de ces observations, il ne s'agit pas de simples difficultés parentales rencontrées dans la gestion du patrimoine de l'enfant, mais de véritables carences assimilables à une absence de protection. La mise sous tutelle de l'enfant doit rester le dernier recours. L'action du juge est conditionnée à une évaluation qualitative du discernement dont fait preuve le parent dans sa gestion et non quantitative⁵. Le juge doit seulement prendre en considération son aptitude réelle à exercer l'administration légale, qui « ne saurait tenir rigueur aux père et mère, en cas de simples erreurs ou imprudences »⁶. Il pourra apprécier cette gestion au moment de l'audition de l'administrateur légal, qui conditionne l'ouverture d'une tutelle en

¹ *Ibid.* ; il est possible de se demander si ce raisonnement est encore d'actualité au vu des modifications réalisées par l'ordonnance du 15 octobre 2015 n° 2015-1288 « Portant simplification et modernisation du droit de la famille », *op. cit.*

² V. *supra* n° 294.

³ V. *supra* nos 279 s.

⁴ A. Gouttenoire, « Représentation et administration légale », in *Dr. fam., op. cit.*, n° 237. 62.

⁵ Sur la distinction entre évaluation quantitative et qualitative du discernement : F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation : la prémajorité », *op. cit.*

⁶ D. Montoux, « Mineurs. Majeurs protégés. – Mineurs. -Administration légale et tutelle. - Ouverture et dévolution », in *J.-Cl. N. Formulaire*, fasc. 40 : Mineurs. Majeurs protégés, septembre 2017, n° 28.

dehors de l'urgence¹, aidé en cela par les faits justifiant son intervention d'office ou, le cas échéant, ceux décrits au soutien de l'assignation réalisée par un parent, un allié ou le ministère public. L'article 391 du Code civil « n'est employé en pratique que lorsque l'administrateur [...] des biens d'un mineur ne parvient pas à remplir sa mission, ou l'exerce d'une façon irrégulière »². Quand bien même l'administration légale serait transformée en tutelle, cette dernière ne pourra pas effacer le parent-mineur dans son rôle, car il conserve le gouvernement de la personne de son enfant dont l'existence ne dépend pas de la gestion de ses biens.

2. *L'indépendance du gouvernement de la personne de l'enfant, de la gestion de ses biens*

595. L'article 408 du Code civil dispose que « le tuteur prend soin de la personne du mineur et le représente dans tous les actes de la vie civile ». Dans le cas où l'enfant n'a plus de parent exerçant l'autorité parentale, l'ouverture d'une tutelle plénière conduit nécessairement le tuteur à prendre soin de son protégé et à conclure des actes extrapatrimoniaux. Lorsqu'une tutelle est ouverte alors que l'enfant dispose encore d'un parent exerçant l'autorité parentale conformément à l'article 391 du Code civil, le conseil de famille peut désigner le parent tuteur de son enfant³. Dans ce cas, l'article 408 ne pose aucune difficulté, car il ne fait que rappeler au parent la continuité de sa mission en tant que tuteur. Le conseil de famille garde toute liberté dans son choix et peut, s'il l'estime nécessaire, confier la charge tutélaire à un tiers. Dans cette situation, l'article 408 pose problème, car en raison de sa généralité, il laisse entendre que ce tuteur dispose de prérogatives concurrentes à celle du parent, cette interprétation en ferait donc une tutelle complète. Si « aucun texte n'indique expressément que la tutelle de l'article 391 ne porte que sur les biens, [...] aucun ne dit non plus le contraire »⁴. Or, la tutelle n'a en principe d'autre objectif que de combler le vide laissé par le parent dans la protection de son enfant.

596. Des conseils de famille ont pu dans le cadre d'une tutelle de l'article 391 du Code civil, substituer l'autorité parentale par une tutelle à la personne confiée au parent tout en nommant un tiers tuteur aux biens⁵. Cette possibilité est notamment évoquée à l'article 405 du Code civil selon lequel « le conseil de famille peut décider que l'exercice de la tutelle sera divisé entre un tuteur chargé de la personne du mineur [dit tuteur « honoraire »] et un tuteur chargé de la gestion de ses biens [dit tuteur « onéraire »] ou que la gestion de certains biens particuliers sera confiée à un tuteur adjoint ». L'application de cet article interroge en raison de son caractère général qui, le cas échéant, offre au conseil de famille la possibilité dans le cadre de l'article 391 du Code civil, de substituer l'autorité du parent par une tutelle

¹ Art. 391 al. 1 C. civ. Ce texte prévoit que la simple convocation de l'administrateur suffit afin que son absence ne puisse faire obstacle à la procédure visant la protection des intérêts de l'enfant.

² V. rapport de Mme Mouty-Tardieu, BICC 1^{re} juin 2014, n° 803, ss. Avis du 24 mars 2014, pp. 6 s., spéc. p. 10.

³ V. *supra* n° 282.

⁴ P. Salvage-Gerest « Art. 391, tutelle aux biens ou tutelle complète ? », *Dr. fam.*, 2001, chron. p. 19 ; F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1996, n° 1166.

⁵ V. une illustration : Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, *Juris-Data* n° 2000-006376 ; *Deffrénois* 2001, p. 97. obs. J. Massip ; *RTD. civ.* 2001, p. 109, obs. J. Hanser ; *JCP G* 2001, II, p. 10548, obs. T. Fossier ; *Dr. fam.* 2001. chron. p. 19, P. Salvage-Gerest.

sur la personne exercée par celui-ci¹. En principe, malgré la tutelle, le parent conserve son autorité. Aucun fondement juridique ne permet de justifier que ses droits soient modifiés sur ce point. Si certains auteurs voient dans les attributions du tuteur « des prérogatives comparables »² à celles des parents exerçant l'autorité parentale, il convient de souligner que le tuteur est soumis au contrôle du conseil de famille qui décide des grandes orientations de la vie du mineur. Le tuteur ne fait qu'appliquer ces orientations qui s'inscrivent elles-mêmes dans la continuité de l'action des parents. En conclusion, l'autorité tutélaire n'est pas l'autorité parentale. Que le parent conserve l'autorité sur la personne de l'enfant ou qu'il soit désigné tuteur « honoraire », l'articulation de la tutelle avec les droits qu'il conserve sur son enfant peut être source de difficulté. Des réponses apportées à cette question dépend la pertinence de l'utilisation de ce mécanisme pour résoudre la situation complexes des parents-mineurs. Dans le cas contraire, l'ouverture d'une tutelle ne fait que substituer une complexité par une autre d'une efficacité moindre que la situation originelle.

597. Une circulaire du 1^{er} juillet 1966³ a pourtant souhaité écarter cette difficulté en rappelant que si le juge peut retirer l'administration légale au parent, cette décision ne conduit pas à le priver de la puissance paternelle, entraînant sa coexistence avec la tutelle. « Les textes sur la tutelle conférant au tuteur ou au conseil de famille certains pouvoirs en ce qui concerne la personne du mineur n'auront donc pas à s'appliquer »⁴. Le conseil de famille n'est pas compétent pour déterminer dans ce cadre les conditions générales de l'entretien et de l'éducation de l'enfant⁵ eu égard à la volonté que les père et mère avaient pu exprimer ; les parents étant encore capables de les déterminer eux-mêmes, il n'y a donc pas lieu de les suppléer. Concernant le tuteur, il n'a pas à prendre directement soin de la personne du mineur, sa représentation se limitant exclusivement aux actes de nature purement patrimoniale. La représentation extrapatrimoniale reste attribuée aux titulaires de l'autorité parentale, tant qu'ils exercent leur autorité sur la personne de leur enfant. Le tuteur n'a pas vocation dans ce cas à représenter systématiquement le mineur en justice comme énoncé à l'alinéa 2 de l'article 408 du Code civil, mais uniquement lorsque l'action est liée à l'administration légale et revêt une nature patrimoniale. L'article prévoit que le tuteur « ne peut agir, en demande ou en défense, pour faire valoir les droits extrapatrimoniaux qu'après autorisation ou sur injonction du conseil de famille ». Ce dernier ne dispose d'aucune compétence en matière personnelle dans le cadre d'une tutelle ouverte au titre de l'article 391 du Code civil. Il ne peut donc autoriser valablement le tuteur à suppléer le parent, sauf à aller au-delà de sa mission consacrée à la gestion et à la protection patrimoniale des intérêts du mineur.

¹ V. en ce sens : Y. Buffelan-Lanore, « Minorité. - Droits propres de l'enfant », *op. cit.*, n° 103.

² T. Fossier, « La dissociation de la tutelle aux biens et de la tutelle à la personne, une exception... », *JCP G.*, 20 juin 2001, II, p. 10548.

³ Circulaire du garde des sceaux du 1^{er} juillet 1966 relative à la tutelle et à l'émancipation, *JO* 7 juillet 1966, pp. 5786 s.

⁴ *Ibid.* p. 5791, n° 37.

⁵ Art. 401 al. 1 C. civ.

598. Si l'administration légale suit l'autorité sur la personne de l'enfant conformément à l'article 379 et 382 du Code civil, l'inverse ne se vérifie pas. L'administration légale n'est qu'un attribut de l'autorité du parent. La perte d'un simple attribut ne peut entraîner celle du droit auquel il se rattache. La représentation légale est présente à la fois en matière personnelle et en matière patrimoniale, celle-ci se répartie entre le parent et le tuteur en fonction de la nature du droit mobilisé et de l'acte ou de l'action envisagé¹. Compte tenu du caractère exceptionnel de la tutelle aux biens, conditionné pour le parent-mineur à la démonstration de difficultés de gestion, une tutelle comprenant la personne de l'enfant ouverte du vivant d'un parent ne peut être justifiée par sa seule minorité.

§ 2 : La coexistence de la tutelle avec les droits du parent-mineur

599. Sauf à démontrer que le parent-mineur ne dispose pas du discernement suffisant pour exercer l'autorité parentale, l'ouverture d'une tutelle au bénéfice de son enfant se fera sur le fondement de l'article 391 du Code civil. Contrairement aux autres motifs d'ouverture, celui-ci offre la possibilité d'impliquer le parent dans son fonctionnement (A). Comme par nature elle se limite à la gestion patrimoniale de l'enfant, cette répartition peut devenir source de difficultés et en cas de conflit aller à l'encontre des intérêts de l'enfant qu'elle protège, notamment lorsque le parent n'a pas été intégré à son fonctionnement (B).

A- L'implication des parents-mineurs dans les charges tutélaires

600. Lorsque la tutelle est fondée sur l'article 391 du Code civil en raison d'une cause grave, celle-ci substitue son organisation à celle de l'administration légale². Pourtant, le parent n'est pas écarté systématiquement de la gestion patrimoniale. L'article 394 du Code civil qualifie la tutelle de « protection due à l'enfant » et considère que cette charge est un devoir incombant avant tout à sa famille. Lorsque cette tutelle trouve sa justification dans les difficultés de gestion rencontrées par le parent-mineur et non dans la perte³ ou le retrait total de l'autorité parentale⁴, celui-ci peut être intégré dans son fonctionnement. Un parent-mineur peut occuper une place au sein du conseil de famille (1) et être désigné en tant que tuteur de son enfant (2). Il s'agit ici d'encadrer de manière structurée la gestion parentale et d'en contrôler la conformité avec l'intérêt de l'enfant.

¹ V. sur le principe du droit servant : *supra* nos 343 s.

² G. Raymond, « Administration légale et tutelle », *op. cit.*, n° 138 : « La tutelle est un régime de suppléance de l'administration légale. Elle s'ouvre lorsque les parents ne sont pas à même d'assurer la gestion des biens de leurs enfants mineurs ».

³ Art. 373 C. civ.

⁴ Art. 378 et 378-1 C. civ.

1. *Le parent-mineur intégré au conseil de famille*

601. Aux termes de l'article 398 du Code civil, la tutelle des mineurs est nécessairement organisée avec un conseil de famille. Seule la vacance justifie qu'il ne soit pas procédé à sa nomination faute de membres aptes à le composer. Ceux-ci sont désignés par le juge pour toute la durée de la tutelle parmi les parents et alliés des père et mère du mineur des branches maternelle et paternelle¹. Le choix du juge ne se limite pas à la sphère familiale de l'enfant et peut inclure des personnes extérieures². Au-delà de la famille proche et des tiers se pose la question de l'intégration du parent de l'enfant dans sa composition, une tutelle pouvant être exceptionnellement ouverte de leur vivant en raison d'une cause grave³.

602. La réponse à cette question se trouve à l'article 395 du Code civil qui prévoit les exclusions légales concernant l'attribution des charges tutélaires. Les mineurs non-émancipés peuvent faire partie du conseil de famille à condition qu'il soit le père ou la mère de l'enfant. Par cette exception légale, le parent-mineur est le seul parent protégé pouvant s'intégrer dans le fonctionnement de la tutelle ouverte de son vivant au bénéfice de son enfant. Le juge désigne souverainement les membres du conseil, car la loi ne fait qu'énumérer des critères « souples » pour le guider dans ses choix. Entrent en considération l'intérêt et l'affection que les personnes témoignent envers le mineur, leur aptitude personnelle, les relations qu'ils entretenaient avec les père et mère ainsi que leurs disponibilités, nécessaires pour assumer pleinement cette charge. Bien qu'il ne soit pas membre de droit, le parent-mineur apparaît comme le mieux placé selon ces critères pour intégrer le conseil de famille. C'est moins son intégration que son absence de nomination qui devra faire l'objet d'une motivation par le juge. La loi reconnaît au parent une présomption d'intérêt et d'affection concernant l'enfant fondée sur leur lien de filiation, ainsi qu'une présomption d'aptitude qui leur confère l'exercice de l'autorité parentale.

603. L'intégration du parent-mineur au conseil de famille, permet de l'associer à l'organe décisionnel de la tutelle⁴. Le conseil « prend les décisions et donne au tuteur les autorisations nécessaires pour la gestion des biens du mineur [...] »⁵. Même s'il est chargé de régler les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur à la condition que la protection de la personne de l'enfant lui soit explicitement confiée⁶, l'attribution des seules décisions patrimoniales permet à la tutelle d'exercer une « mainmise sur les sommes allouées pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, ce qui risque d'entraver le rôle éducatif des parents »⁷. L'autorité tutélaire n'est pas l'autorité qu'exerçait le parent, car elle est

¹ Art. 399 C. civ.

² *Ibid.*

³ V. *supra* n° 582.

⁴ I. Corpart. « La tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe », *AJ fam.*, 2010, p. 414.

⁵ Art. 401 al. 3 C. civ.

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, *Bull. civ.* I, n° 264 ; D. 2000. IR 283 ; *JCP*, 2001, II, p. 10548, note T. Fossier ; *Deffrénois*, 2001, p. 97, obs. J. Massip ; *LPA* 28 août 2001, note Bruggeman ; *RTD. civ.*, 2001, p. 109, obs. J. Hauser.

⁷ *Ibid.*

d'origine purement judiciaire et revêt la nature d'une charge publique¹. La tutelle est tenue de respecter les orientations prises par les parents de l'enfant pour préserver une continuité et une cohérence dans sa protection. Les droits de la tutelle ne peuvent donc être assimilés à l'autorité parentale² ou à l'administration légale. Les droits parentaux ne se retrouvent ni dans les mains du conseil de famille ni dans celle du tuteur, l'autorité décisionnelle et la représentation légale de l'enfant faisant l'objet d'un découpage différent³.

604. Assimiler l'autorité tutélaire⁴ à celle des parents peut conduire à un empiétement de la tutelle sur les droits éventuellement conservés par ceux-ci⁵. Ce risque augmente d'autant plus, qu'ils n'ont pas été intégrés au conseil de famille. Cette difficulté résulte en partie du caractère général des articles organisant le fonctionnement de la tutelle, qui ne distingue pas selon leur cause d'ouverture ou leur véritable étendue, laissant au juge le soin de les adapter. Leur formulation sous-entend généralement l'absence totale du parent, ce qui correspond typiquement aux cas d'ouverture « classiques » de la tutelle, que ce soit en raison de leur décès, de la perte ou du retrait de leur autorité parentale. Ces éventualités permettent l'ouverture d'une tutelle complète qui intègre la gestion des biens, mais aussi celle de la personne de l'enfant. Lorsque la tutelle se limite aux biens, il apparaît difficile pour le juge de justifier une mise à l'écart des parents, car ce sont eux et non le conseil qui déterminent les orientations en matière d'entretien et d'éducation de l'enfant.

605. Comment aboutir à une gestion cohérente de la personne et des biens de l'enfant si les organes de protection que sont les parents pour la personne et la tutelle pour le patrimoine, défendent une vision différente, voire contradictoire de l'intérêt de leur protégé ? Lorsque la décision prise en matière extrapatrimoniale nécessite un financement, l'action parentale est subordonnée à l'adhésion des organes de tutelle, qui dans le cas inverse, peuvent contraindre le parent à financer sa décision sur ses propres ressources ou le forcer à y renoncer. Face à des parents-mineurs, dont les finances sont soit gérées par leurs parents, soit directement affectées à leur enfant, les risques d'ingérence de la tutelle vont croissant. Cette situation contribue à créer un contexte favorable au dysfonctionnement de la protection en cas de conflits ouverts et c'est l'enfant lui-même qui risquerait d'en subir les conséquences les plus néfastes⁶.

606. Il convient, autant que possible, d'intégrer les parents-mineurs au sein du conseil de famille dans l'intérêt même de l'enfant et de sa protection. Comme n'importe quelle personne composant la tutelle, le parent-mineur n'est pas à l'abri de se faire retirer sa charge en raison de son inaptitude, de sa

¹ Art. 394 C. civ.

² V. sur ce point : A.-Ch. Van Gysel, *Précis de droit de la famille*, Anthémis, 2013, pp. 529 à 539

³ V. C. Neirinck, « Autorité parentale- Délégation », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 371 à 387, fasc. 30, janvier 2018, n° 15.

⁴ V. J. Carbonnier, *Droit civil tome1 Introduction Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, éd. PUF, coll. Quadridge Manuels, 2^{ème} éd., 2017, n° 318, pp. 615 s.

⁵ V. *infra* nos 618 et 619.

⁶ V. *infra* n° 520.

négligence, de son inconduite, ou des fraudes dont il se serait rendu coupable¹. En l'espèce, il s'agit d'un organe décisionnel, la question de l'aptitude dans le cas d'un mineur renvoyant à la question de son discernement et de son appréciation. Une fois encore, le juge sera confronté aux difficultés inhérentes à cette notion². Peut-il se contenter d'un discernement minimal à savoir l'aptitude du parent à exprimer une volonté propre, ou doit-il exiger davantage et rechercher l'aptitude du parent à se montrer raisonnable dans ses choix ? Le conseil de famille est par nature un organe collégial, présidé par le juge des tutelles³, et se compose en plus de sa présidence d'au moins quatre membres parmi lesquels seront nommés le tuteur et le subrogé tuteur. Les décisions sont prises sur l'avis exprimé par ses membres, lors d'un vote avec une prépondérance accordée au juge en cas de partage⁴. Pour cette raison, il est possible de se contenter d'un discernement minimum du parent-mineur, puisque les autres membres du conseil de famille peuvent, en principe, compenser son éventuel manque de prudence ou son immaturité. De plus, la loi présente la tutelle de l'enfant du mineur comme un moyen d'accompagner le parent dans sa gestion. Contrairement aux parents majeurs, elle envisage explicitement que des charges tutélaires puissent lui être confiées en dépit de sa situation juridique personnelle. La protection conférée par la tutelle est comme toute protection juridique de nature temporaire, y compris dans le silence des textes⁵, car la capacité demeure le principe et l'incapacité l'exception. Cela signifie que le parent, tôt ou tard, retrouvera l'exercice de ses droits sur son enfant, sous peine de le substituer définitivement dans cette charge. Le juge a la possibilité de mettre fin à tout moment à la tutelle, notamment lorsque le parent fait preuve d'une meilleure gestion, ou en raison du mauvais fonctionnement de la tutelle qui n'a fait que détériorer la protection de l'enfant en raison de conflits qui l'ont opposé à son parent⁶.

607. En attendant, cette organisation peut intégrer la tutelle de fait exercée par les grands-parents sur les biens de leurs petits-enfants, qu'elle soit due à leur usurpation du rôle du parent-mineur ou par le biais de l'administration légale qu'ils exercent sur lui. Le juge peut les inclure aux côtés de leur enfant, sous réserve qu'ils répondent aux critères de l'article 399 alinéa 4 du Code civil. Ce faisant, la tutelle permet de poser un cadre juridique sur le fonctionnement familial complexe dans lequel évoluent l'enfant et son parent-mineur. On ne peut exclure que les difficultés rencontrées par ce dernier dans sa gestion résultent en partie de l'immixtion de ses parents dans ses droits parentaux par le biais de l'autorité parentale qu'ils continuent d'exercer sur lui. Il peut y avoir un intérêt à exclure les parents du parent-mineur de la composition de la tutelle, le juge n'étant pas limité dans ses choix, il peut désigner

¹ Art. 396 C. civ.

² Sur l'appréciation du discernement v. *infra* n°s 727 s.

³ Art. 400 C. civ.

⁴ Al. 3 du même article.

⁵ Ex. : art. 441 C. civ., la tutelle des majeurs ne peut excéder 5 ans et exceptionnellement 10 ans si aucune amélioration de l'état du majeur n'est susceptible d'intervenir.

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, P.-G. c/ Mme F. et a., n° 98-20340 ; *Bull.*, n° 264, p. 171 ; *JCP G.*, 20 juin 2001, II, p. 10548, comm. T. Fossier ; v. *infra* n° 624.

des parents plus éloignés tel que les arrière-grands-parents de l'enfant. Certains membres plus éloignés de la famille peuvent être davantage en capacité d'assumer les charges tutélaires, lorsqu'ils disposent de meilleures aptitudes ou qu'ils entretiennent des liens plus étroits avec le parent-mineur sur lequel ils ne disposent pas de droit susceptible de le concurrencer. De plus, là où les parents du parent-mineur travaillent encore, des ascendants plus éloignés tels que ses grands-parents peuvent disposer d'une plus grande disponibilité pour assumer ce rôle. La tutelle offre les outils juridiques qui vont permettre de tenir compte de la situation spécifique des parents-mineurs et éventuellement de tenter d'apaiser le dialogue familial nécessaire à la bonne protection des intérêts patrimoniaux de l'enfant. Le recours à cette protection peut clarifier les rôles dévolus à chacun des membres de la famille, car le conseil choisit parmi ses membres désignés par le juge le tuteur chargé d'exercer la gestion quotidienne des biens du mineur ainsi que le subrogé tuteur chargé de sa surveillance.

2. *Le parent-mineur, tuteur désigné de son enfant*

608. À l'époque où l'autorité parentale était encore qualifiée de « puissance paternelle », la mort d'un des époux entraînait automatiquement la disparition de l'administration légale au profit d'une tutelle légale, dont le parent survivant assumait la fonction de tuteur¹. Si la tutelle légale des père et mère a aujourd'hui disparu, l'article 391 du Code civil prévoit dans son alinéa 2 que lorsque la tutelle est ouverte en raison des défaillances du parent dans l'exercice de son administration légale, « le juge convoque le conseil de famille, qui peut soit désigner comme tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur ». Le caractère datif de la tutelle offre une liberté de choix totale au conseil de famille qui peut tout aussi bien désigner le parent dont les défaillances ont conduit à l'ouverture de la tutelle². Cette mesure de protection offre un soutien au parent qui éprouve de graves difficultés dans sa gestion de la fortune de son enfant. L'article 395 du Code civil envisage la possibilité pour un mineur non émancipé d'assumer les charges de la tutelle, indépendamment de sa situation personnelle, à condition qu'il s'agisse du père ou de la mère de l'enfant sous tutelle³. Le droit positif offre la possibilité d'encadrer au besoin la gestion défaillante d'un parent-mineur, sans pour autant l'exclure systématiquement de cette gestion. Dans ce cas, la situation du parent-mineur diffère de celle du parent-majeur protégé, qui en est systématiquement écarté du fait de sa situation personnelle⁴. La spécificité des règles de la tutelle permet de trouver dans la tutelle un moyen d'assister et de contrôler le parent-mineur dans sa gestion. Il ne devrait être écarté que si l'intérêt de son enfant l'exige, compte tenu des risques que son inaptitude à la gestion fait courir à ses intérêts.

¹ Anc. art. 390 C. civ.

² Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 23 mai 1973, n° 72-10588, *Bull. civ.* I, n° 179.

³ L'article 442 du Code civil du Luxembourg envisage lui aussi cette possibilité, elle est limitée à l'un des parents lorsqu'ils sont tous deux mineurs.

⁴ Art. 395 al. 3 C. civ.

609. Par la loi du 5 mars 2007¹, les règles de protection du patrimoine des mineurs et des majeurs en tutelle ont été unifiées aux articles 496 et suivant du Code civil. Comme l'administrateur légal, le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine². À ces occasions, il doit continuer d'apporter des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du représenté³, au risque, le cas échéant, d'engager sa responsabilité civile⁴. La conclusion des actes par le tuteur repose sur la distinction qui s'appliquait à l'administration légale avant les modifications de l'ordonnance du 15 octobre 2015⁵ entre les actes conservatoires, les actes d'administration⁶ et les actes de disposition⁷. Le tuteur peut accomplir seul les actes conservatoires comme les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée. Ces actes peuvent être rapprochés de la catégorie des actes relevant de la « pure administration » utilisés par le droit antérieur pour délimiter la capacité patrimoniale des mineurs émancipés⁸. En dehors de ces situations, les articles 505 et suivants du Code civil soumettent un certain nombre d'actes à la délivrance préalable d'une autorisation habilitante émanant soit du conseil de famille, soit du juge aux tutelles. Enfin, l'article 509 du Code civil organise une incapacité de défiance à l'égard du tuteur en énumérant différents actes dont les conséquences sur le patrimoine du mineur sont considérées comme les plus risquées. À leur égard, le tuteur ne peut agir en représentation quand bien même il serait parvenu à obtenir une autorisation. De plus, le tuteur est tenu à la réalisation d'un inventaire dans les trois mois suivant sa prise de fonction⁹, puis à la réalisation de comptes de gestion qui seront transmis au greffe du juge des tutelles chargé de contrôler son action¹⁰. Ces obligations permettent d'encadrer la gestion du parent-mineur tuteur de son enfant, lorsqu'il dispose d'un patrimoine suffisant justifiant de telles précautions. Dans le cas contraire, il peut en être dispensé par le juge.

610. Le tuteur est l'« organe d'exécution de la tutelle »¹¹. Il ne dispose pas d'une liberté d'action identique à celle conférée par l'autorité parentale, y compris en matière d'administration légale. Bien qu'il puisse être amené à prendre seul les décisions concernant les actes de « pure administration », il doit le faire en considération des décisions prises par le conseil de famille. Le tuteur, contrairement au parent exerçant l'autorité, ne bénéficie pas dans ses choix et ses actions de la présomption simple de

¹ Loi n° 2007-308, du 5 mars 2007 Portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12.

² Art. 496 al. 1 C. civ.

³ Art. 496 al. 2 C. civ. pour la tutelle et art. 385 C. civ. pour l'administration légale, voir sur ce point G. Raymond, *op. cit.*, nos 113 et 209.

⁴ Art. 412 C. civ.

⁵ Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 Portant simplification et modernisation du droit de la famille, *op. cit.*

⁶ Selon l'article 1 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, « Constituent des actes d'administration les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal »

⁷ Selon l'article 2 du décret du 22 décembre 2008, « Constituent des actes de disposition les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire ».

⁸ V. *infra* n° 766.

⁹ Art. 503 al. 1 C. civ. ; sur l'obligation d'inventaire et la gestion du tuteur B. Teyssié, *Droit des personnes, op. cit.* pp. 438 s., nos 769 s.

¹⁰ Art. 511 C. civ.

¹¹ I. Corpart. « La tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe », *op. cit.*

conformité à l'intérêt de l'enfant. Le parent-mineur qui occupe la fonction de tuteur se voit limitée à la seule représentation légale de son enfant concernant les actes et les droits de nature patrimoniale. Son pouvoir de décision est confié au conseil de famille. Si le tuteur fait lui aussi partie du conseil, il ne prend pas part aux votes réalisés lors de ses délibérations¹. Il s'agit d'une collaboration entre les différents organes de la tutelle et non d'une hiérarchie, car « les autorisations données par les organes habilités à le faire (juge ou conseil de famille) ne sont pas des ordres d'agir ; le tuteur reste libre de les utiliser ou non, quand il lui semblera bon, la limite à sa liberté étant que, s'il utilise une autorisation, il devra alors agir dans le respect de celle-ci »². De plus, le rôle de tuteur est plus aisé lorsqu'il est exercé par la personne chez qui la résidence habituelle de l'enfant a été fixée. La substitution de la tutelle à l'administration légale n'emporte aucune conséquence sur les autres droits du parent, l'enfant continue de résider à son domicile, dans le cas celui de son parent-mineur, établi au domicile de ses grands-parents. L'aspect pratique conduit à désigner comme tuteur de l'enfant soit son parent-mineur soit l'un de ses grands-parents chez qui il réside de manière habituelle.

611. L'article 409 du Code civil prévoit la désignation parmi les membres du conseil de famille d'un subrogé tuteur, choisi si possible dans une branche familiale différente de celle du tuteur. Lorsque le tuteur désigné est choisi dans la branche maternelle, le subrogé tuteur sera choisi parmi un membre de la branche paternelle présent au sein du conseil de famille et inversement. Le rôle du subrogé tuteur est de surveiller l'action du tuteur³ et au besoin de le substituer en cas de conflit d'intérêts avec l'enfant. On peut observer que la tutelle reprend le fonctionnement de la « puissance paternelle » dont l'exercice revenait au père. À cette époque, la mère bien que n'exerçant pas la puissance parentale, devait veiller sur la bonne administration paternelle. Lorsqu'un des deux parents disparaissait ou était privé de l'exercice de la puissance, celle-ci était en matière patrimoniale substituée par une tutelle aux biens, car la loi considérait que « les intérêts de l'enfant seraient mieux sauvegardés et que cela était nécessaire, d'abord, parce que la mort de l'un de ses auteurs lui a transmis des biens qu'il ne possédait pas auparavant, ensuite parce que la présence du prédécédé constituait pour l'enfant un supplément de protection qu'il faut remplacer par les garanties tutélaires »⁴. Cette volonté se retrouve encore dans le droit positif, l'objectif étant de réinstaurer l'équilibre nécessaire à la protection des intérêts du mineur. Comme le conseil de famille peut librement désigner qui il souhaite, ce rôle peut très bien être attribué au parent-mineur dès l'instant où il n'a pas été désigné pour exercer les fonctions de tuteur. Cette liberté d'organisation octroyée au conseil de famille permet de tenir compte de la complexité de l'organisation familiale, et d'impliquer des personnes autres que les parents de l'enfant. Les grands-parents peuvent ainsi jouer un rôle important dans le fonctionnement de la tutelle de leur petit-enfant, aux côtés du

¹ Art. 400 C. civ. al. 2.

² T. Fossier, G. Raoul-Cormeil, « Gestion du patrimoine des mineurs et des majeurs », in *J.-Cl. Civ. Code*, Synthèse 190, mai 2019, n° 6.

³ Ex. l'art. 497 al. 2 C. civ.

⁴ A. Colin, H. Capitant, *op. cit.*, n° 742, p. 570.

parent-mineur. Même si aucun privilège n'est accordé au parent encore en vie lors de la désignation du tuteur, elle présente un certain nombre d'intérêts pratiques. Lorsqu'une tutelle est ouverte du vivant des parents, l'objectif est moins de les écarter que de leur offrir un cadre juridique plus structuré, dont l'objectif est de leur permettre, à terme, de retrouver l'exercice d'une administration légale pure et simple. L'exclusion du parent ne doit intervenir qu'en ultime recours. Cette restriction se renforce par le fait que lorsque la tutelle est ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil, elle est sans effet sur l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant¹. Confier le rôle de tuteur à une personne autre que le parent augmente les risques d'interférence entre la protection de la personne de l'enfant et celle dévolue au tiers à l'égard de ses biens². Il semble plus pertinent d'attribuer le rôle de tuteur au mineur et celui de subrogé à l'un de ses parents, car il paraît plus difficile pour un mineur de contrôler l'action de son parent tant qu'il demeure sous son autorité, et ce, quand bien même cette action concernerait son propre enfant.

612. Si le tuteur est en principe désigné pour la durée de la tutelle³, la loi prévoit la possibilité de lui retirer sa charge comme pour le conseil de famille en raison de son inaptitude, de sa négligence, de son inconduite ou de la fraude dont il a pu se rendre coupable dans l'exercice de sa charge⁴. Dans son ancienne version⁵, l'article se référait à l'inconduite notoire, à l'improbité, à la négligence habituelle ou l'inaptitude aux affaires. Cette liste n'est pas limitative, la Cour de cassation a accepté que « des irrégularités de gestion et une profonde mésentente familiale » déchargent le tuteur de sa gestion au profit d'un autre membre de la famille⁶. L'évaluation de ce comportement relève de l'appréciation souveraine du juge des tutelles exerçant avec le procureur de la République une surveillance générale des tutelles de leur ressort⁷, contrairement aux administrations légales pour lesquelles ce contrôle est devenu circonstancié⁸. La loi impose au tuteur d'apporter à sa gestion « des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée », ce qui signifie que le mineur doit pouvoir décider de manière « raisonnable »⁹, le parent-mineur risque de se heurter au haut degré de discernement recherché pour l'attribution de cette charge tutélaire¹⁰. La question se pose encore de savoir si cette appréciation doit se faire de manière quantitative par le biais d'un seuil en référence à l'âge de raison,

¹ Cass., civ. 1^{re}, 13 décembre 1994, *Defrénois*, 1995, p. 325, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1995, p. 599, obs. J. Hauser.

² Difficulté qui se retrouve face à un partage de la protection entre une tutelle à la personne et une tutelle aux biens : « inévitablement, le tuteur à la personne revendiquera une autonomie financière pour mener à bien son action éducative, tandis que le tuteur aux biens se plaindra de ne pas maîtriser le budget de l'incapable puisqu'il est constamment sommé d'obtempérer aux exigences du tuteur à la personne », T. Fossier « La dissociation de la tutelle aux biens et de la tutelle à la personne, une exception... », *JCP G.*, 20 juin 2001, II, p. 10548.

³ Art. 406 C. civ. Principe qui peut être étendu au subrogé tuteur.

⁴ Art. 396 C. civ.

⁵ Anc. art. 444 C. civ.

⁶ Cass., civ. 1^{re}, 6 juillet 2000, *JCP G.*, 2001, II, p. 10529, note T. Fossier.

⁷ Art. 411-1 C. civ.

⁸ Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015

⁹ V. *infra* n° 729.

¹⁰ Pour une comparaison sur l'écueil que constitue la recherche d'un discernement « raisonnable » chez un mineur : en matière d'émancipation judiciaire v. *infra* nos 689 et 670.

ou de manière qualitative face à un parent-mineur qui ne parvient manifestement pas à surmonter ses difficultés en dépit du cadre protecteur de la tutelle. Cet examen permettra au juge de nommer un autre membre de la famille plus compétent dans ce rôle. La mise à l'écart du parent peut mener à des difficultés au moment d'articuler la protection de la personne de l'enfant avec l'exercice de la tutelle.

B- Les difficultés d'articulation entre la tutelle et les droits conservés par le parent-mineur

613. Que l'autorité parentale sur la personne soit conservée par le parent ou que le juge des tutelles décide, malgré les réserves évoquées précédemment, de substituer l'autorité parentale au profit d'une tutelle plénière¹, le conseil de famille garde la liberté d'attribuer la charge tutélaire au parent-mineur, facilitant ainsi le fonctionnement d'une mesure organisée autour du parent. Il a la possibilité de partager cette charge entre le parent protecteur de la personne de l'enfant et un tiers administrateur de son patrimoine. Cette dernière solution conduit inévitablement à articuler l'action du parent avec celle du tuteur « onéraire » (1). Le caractère exceptionnel de la tutelle permet au juge d'ordonner sa mainlevée lorsqu'il estime que cette protection ne se justifie plus, notamment lorsque le parent réinvestit pleinement son rôle (2).

1. Les risques de blocage entre le parent-mineur et les organes de la tutelle

614. Lorsqu'une tutelle complète est ouverte du vivant des parents sur le fondement des articles 373, 378 et suivants du Code civil, le parent-mineur peut être désigné en tant que tuteur par le conseil de famille, et ce, en dépit de ses défaillances². En pratique, cette procédure ne présente que peu d'intérêt, lorsque son ouverture est motivée par la perte ou le retrait de l'autorité parentale. Lorsqu'il s'agit d'une perte d'autorité parentale, le parent qui n'est pas apte à manifester sa volonté ne pourra pas assumer une charge tutélaire dont l'exercice implique l'expression de la volonté qui lui fait défaut. Lorsque l'ouverture de la tutelle résulte d'un retrait de l'autorité, la protection de l'enfant n'est plus assurée par ses parents, mais par la tutelle. Dans un cas comme dans l'autre, le parent ne sera pas la personne la plus apte à assumer les charges liées au fonctionnement de cette protection. Elles seront attribuées aux personnes qui ont recueilli l'enfant ainsi qu'à celles qui lui ont manifesté un intérêt, excluant de fait son parent. Ces situations permettent de confier non seulement la gestion des biens, mais aussi celle de la personne de l'enfant à son tuteur³. Le parent-mineur perd l'intégralité de l'exercice de son autorité parentale : la représentation légale, mais surtout l'autorité qui lui permet de décider pour son enfant.

¹ Comme le souligne un auteur : « Il serait en outre fort hasardeux de déduire de l'arrêt du 24 octobre 2000 [*op. cit.*] que cette solution est abandonnée, dès lors que la Première Chambre civile était appelée à donner son avis non pas sur l'ouverture et l'organisation de la tutelle, non contestées et donc devenues définitives, mais sur sa fermeture » : P. Salvage-Gerest « Art. 391, tutelle aux biens ou tutelle complète ? », *Dr. fam.*, 2001, chron. p. 19.

² V. *supra* n° 613.

³ Cela implique une vie commune sous un même toit.

Seul le droit du parent-mineur d'entretenir des relations avec son enfant pourra être éventuellement préservé pour renouer les liens nécessaires à un retour à l'exercice « normal » de l'autorité parentale. À l'unique condition que l'exercice de ce droit par le parent-mineur ne soit pas contraire à l'intérêt de son enfant.

615. Dans ces circonstances, le parent-mineur ne conserve aucun droit susceptible de venir concurrencer ceux attribués à la tutelle. Ce n'est pas le cas des tutelles ouvertes en raison des difficultés de gestion du parent de l'article 391 du Code civil. Le parent se voit retirer l'administration légale et conserve non seulement l'autorité sur la personne, mais aussi la représentation légale de l'enfant en matière extrapatrimoniale. « En pareil cas, les organes tutélaires n'interfèrent pas directement dans les décisions concernant la personne de l'enfant qui relèvent des père et mère »¹. Bien que le conseil de famille demeure libre de désigner l'administrateur légal comme tuteur aux biens de son enfant, son choix peut porter sur une autre personne. Lorsque la charge de tuteur est dévolue à un tiers, cette séparation entre la gestion personnelle et patrimoniale de l'enfant place le parent-mineur dans la même situation que celle des parents majeurs protégés². D'un côté, le parent conserve l'exercice de son droit d'autorité sur la personne de l'enfant et la communauté de vie est préservée, de l'autre, il perd l'administration légale du patrimoine de son enfant qui sera exercé par la tutelle. Cela implique la coexistence de deux régimes aux fonctionnements différents, avec un risque accru de blocage et d'empiétement d'un régime sur l'autre, en cas de mésentente, favorisé par la généralité des textes sur la tutelle. L'application de l'article 391 du Code civil ne saurait conduire à priver le parent de son autorité parentale dont la perte³ ou le retrait⁴ font l'objet d'articles et de procédures spécifiques.

616. Théoriquement, le tuteur ou le conseil de famille ne peuvent pas faire obstacle aux décisions prises par le parent qui décide ou agit en tant que titulaire de l'autorité. Celui-ci demeure aux yeux de la loi le protecteur de la personne de l'enfant et de ses intérêts extrapatrimoniaux. Cette difficulté liée à l'articulation entre les droits conservés par le parent et ceux confiés à la tutelle n'a rien de nouveau. La Cour de cassation est régulièrement amenée à rappeler ce principe comme l'illustre l'arrêt du 26 juin 1985⁵ selon lequel « L'ouverture d'une tutelle en application de l'article 391 a pour seul objet de pallier

¹ I. Corpart. « Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe », *op. cit.*

² TI St Omer, juge des tutelles, 3 mai 1989, *JCP N*, 1990, II, p. 89, note T. Fossier ; T. Verheyde, « Le parent protégé, parent d'enfant mineur », *AJ. fam.*, 2012, p. 257 ; J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *AJF* 2007, p. 198 ; *Dr. fam.* n° 2, février 2011, dossier n° 6, étude J. Hauser.

³ Art. 373 C. civ.

⁴ Art. 378 s. C. civ.

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 26 juin 1985, *Deffrénois*, 1986, art. 33795, n° 46, p. 728, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 681, note J. Massip ; dans le même sens : Cass., civ. 1^{ère}, 8 novembre 1982, n° 80-12.309, *Bull. civ. I*, n° 323 ; *Deffrénois* 1983, p. 33082 ; *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 517, note J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 26 juin 1985, *Deffrénois* 1986, p. 33735 ; Cass., civ. 1^{ère}, 18 octobre 1994, n° 92-21.735, *Bull. civ. I*, n° 294 ; *Deffrénois* 1995, p. 36024, obs. J. Massip ; *RTD. civ.* 1995, p. 600, obs. J. Hauser ; Cass., civ. 1^{ère}, 12 octobre 1999, n° 97-17.018, NP ; *Deffrénois* 2000, p. 37179 (2^e esp.), obs. J. Massip ; Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, n° 98-20.340, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *Deffrénois* 2001, p. 37287, obs. J. Massip ; *JCP*. 2001, II, p. 10548, note T. Fossier ; *Dr. fam.* 2001, comm. p. 19, obs. P. Salvage-Gerest ; *RTD. civ.* 2001, p. 109, obs. J. Hauser ; Cass., civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004, n° 03-05.056, *Bull. civ. I*, n° 246 ; *JCP* 2005, I, p. 116, obs. T. Fossier ; *AJ. fam.* 2005, p. 20, obs. A. Gouttenoire ; P. Malaurie, *Droit des personnes la protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 9^{ème} éd. 2017, p. 306, n° 628.

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 ». Si l'autorité parentale peut faire l'objet d'un démembrement dans l'intérêt supérieur de l'enfant, le caractère éminemment personnel de ce droit conduit à le limiter à ce qui est strictement nécessaire. Dans le cas contraire, cela constitue une atteinte disproportionnée aux droits du parent, mais aussi à ceux de l'enfant d'être élevé par lui. Bien que l'administration légale soit retirée au parent, le tuteur ne se voit pas pour autant confier les attributs personnels de ce droit, sans qu'il y ait eu recours à des formes plus protectrices que sont la délégation ou le retrait de l'autorité¹. Il est nécessaire de renoncer d'une part à l'idée selon laquelle l'autorité parentale se résume à une représentation de l'enfant dans ses droits ou lors de la conclusion d'actes juridiques, et d'autre part, à celle qui attribue la représentation légale de manière exclusive à l'administrateur légal². Ces confusions conduisent à entériner l'ingérence du tuteur dans l'autorité du parent. Elles sont également à l'origine des difficultés observées dans l'appréhension du statut des parents-mineurs³. Accepter que le tuteur aux biens décide et administre la personne de l'enfant revient à nier le caractère éminemment personnel de l'autorité parentale en occultant l'autorité dévolue par la loi aux parents en tant que protecteurs et éducateurs privilégiés de leur enfant.

617. Ces difficultés persistent, la Cour de cassation est régulièrement amenée à statuer sur les limites de la tutelle aux biens. Dans un avis rendu le 24 mars 2014⁴, la Cour a rappelé que cette question « n'est pas nouvelle et ne présente pas une difficulté sérieuse », car « la jurisprudence de la Cour de cassation retenant que la tutelle prévue à l'article 391 du Code civil a pour seul objet de pallier la carence de l'administrateur légal dans la gestion des biens du mineur et ne porte pas atteinte à l'exercice de son autorité parentale ». Cet avis rappelle, que même privé de l'administration légale des biens de son enfant au profit de la tutelle, le parent-mineur continue d'exercer l'autorité parentale et demeure chargé de la protection de son enfant conformément à l'article 371-1 du Code civil. Comme la représentation légale reste présente tant en matière patrimoniale qu'extrapatrimoniale, le parent continue de représenter son

¹ V. T. Fossier, « La dissociation de la tutelle aux biens et de la tutelle à la personne, une exception... », *op. cit.*

² Ex. la question posée par le Tribunal de Besançon à la Cour de cassation qui a conduit à l'avis du 24 mars 2014, n° 13-70010 : « Dans le cas prévu à l'article 391 alinéa 1 du Code civil, d'ouverture d'une tutelle à l'égard d'un mineur placé sous l'administration légale sous contrôle judiciaire de l'un de ses parents, l'administrateur légal sous contrôle judiciaire perd-t-il l'exercice de l'autorité parentale au profit du tuteur de l'enfant ou à défaut, comment et le cas échéant sous le contrôle de quel juge, se concilient l'exercice de l'autorité parentale de l'administrateur légal sous contrôle judiciaire et le pouvoir de tutelle confié au tuteur ? » ; l'autorité parentale n'est envisagée que par le biais de son attribut : l'administration légale, le parent n'étant appréhendé que comme un administrateur chargé de la représentation de son enfant, occultant l'autorité du parent et son caractère éminemment personnel.

³ V. Y. Buffelan-Lanore, « Minorité », in *J.-Cl. civ Code*, Art. 394 à 410, fasc. n° 20, n° 47 : L'auteur estime que : « la tutelle pourra leur être confiée même s'ils sont mineurs. Et, si d'aventure, le conseil de famille décide de confier la tutelle au père ou à la mère, sans être convaincu de sa compétence à gérer le patrimoine du mineur, il lui est possible de résoudre la difficulté en nommant, à côté du tuteur à la personne, un tuteur aux biens ». L'auteur laisse entendre que lorsqu'une tutelle est ouverte à l'égard d'un parent mineur celle-ci est nécessairement plénière le parent devenant le tuteur à la personne de son enfant. Cette conception apparaît en contradiction avec la position rappelée par la Cour de cassation et ne saurait être légitimée par la seule minorité du parent.

⁴ Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010, *Bull. avis*, n° 3 ; *AJ. fam.* 2014, p. 372, obs. H. Mornet ; *RTD. civ.* 2014, p. 336, obs. J. Hauser.

enfant dans tous les actes qui touchent à sa personne. La représentation du tuteur se voit limitée à celle attribuée à l'administration légale portant sur la gestion patrimoniale des biens du mineur.

618. « Pour autant, le conseil de famille conserve la mainmise sur les sommes allouées pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, ce qui risque d'entraver le rôle éducatif des parents »¹. La séparation entre la protection de la personne et la gestion de ses biens n'est pas absolue². Des choix réalisés en matière éducative ou en matière de santé auront des conséquences sur le patrimoine de l'enfant, surtout lorsque celui-ci est plus important que celui de son parent-mineur. Même cantonnée à l'administration légale, la tutelle est elle aussi amenée à déterminer l'intérêt de l'enfant dans le cadre de sa gestion. Une divergence d'appréciations de cet intérêt avec le parent peut provoquer un blocage préjudiciable au mineur. Comme dans le cas d'une tutelle divisée entre un tuteur « honoraire » et un tuteur « onéraire » : « le tuteur à la personne revendiquera une autonomie financière pour mener à bien son action éducative, tandis que le tuteur aux biens se plaindra de ne pas maîtriser le budget de l'incapable puisqu'il est constamment sommé d'obtempérer aux exigences du tuteur à la personne »³ et inversement. Si la loi attribue une place à la volonté exprimée par le parent défunt, celle du parent encore en vie n'est pas envisagée. Malgré ce silence, elle ne peut revêtir une valeur juridique moindre que celle d'un parent décédé⁴. Dans le cas contraire, la tutelle aux biens donnerait la possibilité au tuteur de se substituer au parent dans son rôle éducatif et de réaliser des choix qui ne reviennent qu'à ce dernier. La tutelle doit toujours tenir compte de la volonté parentale exprimée et signifie qu'elle ne peut substituer totalement le parent lorsqu'il conserve des droits sur l'enfant où qu'il est intégré dans l'organisation de la tutelle. Auquel cas les organes tutélaires et le parent, sont obligés d'entretenir de bonnes relations, sinon leur conflit nuit à l'efficacité de la protection de l'enfant, au risque de contraindre le juge à mettre fin à la tutelle et réinstaurer la plénitude de l'autorité parentale.

2. L'inadéquation de la tutelle face aux enjeux de la minorité parentale

619. La tutelle trouve sa raison d'être dans la nécessité d'assurer à l'enfant une continuité dans la protection de ses intérêts. L'existence de la tutelle est liée au besoin de protection de l'enfant. La loi du 5 mars 2007⁵ rappelle explicitement les modalités de fin de la tutelle à l'article 393 du Code civil. Tout comme l'autorité parentale, la tutelle disparaît avec le besoin de protection de l'enfant que ce soit par la survenance de sa majorité, de son émancipation ou le cas échéant, de son décès. L'article évoque une dernière possibilité qu'il attribue au juge, en lui permettant, s'il l'estime nécessaire de prendre un

¹ I. Corpart. « Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe », *op. cit.*

² V.J. Carboneau *Droit civil tome1 Introduction Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, éd. PUF, Quadrige Manuels, 2^{ème} éd., 2017, n° 311, pp. 602 s.

³ T. Fossier « La dissociation de la tutelle aux biens et de la tutelle à la personne, une exception... », *op. cit.*

⁴ P. Salvage-Gerest « Art. 391, tutelle aux biens ou tutelle complète ? », *pré. cit.*

⁵ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* 7 mars 2007, p. 4325.

jugement de mainlevée. Par ce biais, le juge peut rétablir la protection légale du mineur par la restauration de l'exercice de l'autorité parentale par ses parents.

620. Cette cause de disparition de la tutelle permet de démontrer que lorsqu'elle est instaurée du vivant des parents, son objet n'est pas de les substituer dans leur rôle, mais de combler le vide qu'ils ont pu laisser dans la protection de leur enfant. Comme toutes les mesures venant déroger à l'exercice de l'autorité parentale, la tutelle a un caractère provisoire. Lorsqu'elle est ouverte sur le fondement de l'article 373 du Code civil, elle prend fin lorsque le juge considère que le parent est à nouveau apte à manifester sa volonté¹, ce qui lui permet de retrouver de plein droit l'exercice de son autorité parentale. La législation luxembourgeoise estime que la minorité du parent l'empêche de manifester sa volonté, l'acquisition de la majorité civile marque la fin de la tutelle ouverte au bénéfice de son enfant et réintègre le parent dans ses droits. En droit français, la minorité du parent n'a pas d'incidence directe sur l'exercice de l'autorité parentale, la majorité du parent ne permet pas à elle seule de le réinvestir dans les droits qui lui ont éventuellement été retirés sur son enfant. La situation du parent-mineur s'apparente à celle d'un majeur. Lorsque la tutelle est motivée par le retrait de l'autorité parentale, l'article 381 du Code civil permet au parent de demander, un an au plus tôt après le retrait de ses droits, leur restitution, à charge pour lui de justifier de circonstances nouvelles et sous réserve que l'enfant n'ait pas fait l'objet d'un placement en vue de son adoption. Il est nécessaire que les causes ayant justifiées le retrait de l'autorité parentale aient disparu et que le parent soit de nouveau apte à assumer ses droits et obligations dans l'intérêt de son enfant.

621. Concernant la tutelle aux biens de l'article 391 du Code civil, le texte suivant ne fait qu'envisager le cas où un enfant est reconnu par l'un de ses parents postérieurement à l'ouverture de la tutelle. Le parent peut saisir le juge pour se substituer à la tutelle en tant qu'administrateur légal de l'enfant. Au vu des dispositions relatives au retrait de l'autorité, le parent qui perd l'administration légale sur son enfant peut solliciter du juge la mainlevée de la tutelle, s'il démontre qu'il est à nouveau en capacité d'assumer la gestion des biens de son enfant conformément à son intérêt. La tutelle doit non seulement être proportionnée au besoin de protection de l'enfant, mais également tenir compte de l'aptitude ainsi que de la capacité des parents à exercer leurs droits et devoirs dans l'intérêt de leur enfant.

622. La tutelle, par sa nature exceptionnelle, n'est justifiée qu'en raison de l'absence de protection de l'enfant résultant de l'état ou du comportement parental. Dans le cas contraire, il est loisible au juge de réinstaurer les droits parentaux. Bien qu'il existe peu de décisions à ce sujet, l'arrêt rendu par la Cour de cassation du 24 octobre 2000² offre une illustration des difficultés d'une tutelle ouverte par défiance dans la gestion parentale, indépendamment de toute autre considération. En l'espèce, un père avait

¹ A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *op. cit.*, n° 360

² Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-20.340, *Bull.* 2000, I, n° 264.

manifesté avant son décès le souhait que la gestion des biens qu'il léguait à son fils mineur soit assurée par son oncle paternel et non par sa mère. Saisi par le frère du défunt, le juge des tutelles a décidé d'ouvrir une tutelle au bénéfice de l'enfant. Le conseil de famille a désigné l'oncle paternel tuteur aux biens conformément au souhait émis par le père et a, en dépit des réserves évoquées précédemment¹, désigné la mère en qualité de tutrice à la personne de son enfant. Quelques années plus tard, le juge met fin à la tutelle à la demande de la mère. Un recours est formé à l'encontre de l'ordonnance de mainlevée par l'oncle qui sera rejeté par le Tribunal de Grande Instance. L'oncle se pourvoit en cassation en invoquant le fait qu'en refermant la tutelle, le juge ne respectait pas la volonté du défunt qui était de scinder la gestion entre la personne et les biens de l'enfant, violant l'article 401² selon lequel « le conseil de famille règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur en ayant égard à la volonté que les père et mère avaient pu exprimer. » À cela, la Cour répond d'une part que cet article n'est applicable qu'à la personne de l'enfant³, et d'autre part que le juge des tutelles n'avait fait qu'utiliser son pouvoir souverain d'appréciation pour substituer l'administration légale à la tutelle. Au-delà du caractère discutable de l'ouverture d'une tutelle plénière fondée sur l'article 391 du Code civil par le juge et le partage par le conseil de famille entre une tutelle à la personne confiée à la mère et une tutelle aux biens confiée au frère du défunt sur laquelle la Cour ne se prononce pas, c'est surtout le contexte qui a convaincu le juge de mettre fin à cette tutelle qui doit être ici relevée. L'arrêt précise que « les relations conflictuelles de la mère et le tuteur aux biens gênaient le fonctionnement normal de la tutelle et que celle-ci n'était plus nécessaire à la bonne gestion des biens ». Autrement dit, le fonctionnement de la tutelle s'est avéré plus néfaste pour les intérêts du mineur que l'administration légale exercée par la mère. Elle n'a été écartée de la gestion patrimoniale qu'en raison des doutes émis par le père avant son décès, et dont la réalité n'a pas été démontrée par le tuteur aux biens. En tenant compte des faits, il est possible de noter qu'il n'existait pas de vacance parentale dans la protection de l'enfant, tant sur le plan personnel que patrimonial justifiant l'ouverture de la tutelle. Au contraire, c'est de l'exercice de la mesure et des difficultés rencontrées dans son fonctionnement que sont issues les défaillances de protection qui ont permis la mainlevée de la mesure et sa substitution au profit de l'administration légale de la mère. Cet arrêt est bien plus riche qu'il n'y paraît. Il permet de mettre en avant la nécessité d'une proportionnalité des mesures venant aménager les droits parentaux. La doctrine a estimé que plutôt que de priver la mère de l'exercice de son autorité parentale, le défunt aurait pu se contenter de soustraire les biens légués à l'administration légale du parent⁴ comme la loi le lui permet⁵. La pertinence de l'ouverture d'une tutelle scindée ou même limitée aux biens de l'enfant pour laquelle le parent n'aurait

¹ V. *supra* nos 598 s.

² Anc. art. 449 C. civ.

³ V. *supra* n° 599.

⁴ V. T. Fossier, « La dissociation de la tutelle aux biens et de la tutelle à la personne, une exception... », *op. cit.* ; P. Salvage-Gerest, « Art. 391, tutelle aux biens ou tutelle complète ? », *op. cit.*

⁵ Art. 384 C. civ. (anc. art. 389 al. 3 C. civ.)

pas la charge est conditionnée à la bonne entente des personnes amenées à veiller aux intérêts de l'enfant, sous peine de porter atteinte à sa protection.

623. Transposée aux parents-mineurs, la tutelle ne peut être organisée en raison de la défiance qu'inspire son état de minorité, sauf s'il est démontré qu'en raison de son comportement ou des difficultés qu'il rencontre, l'enfant ne bénéficie plus de la protection de ses intérêts. L'ouverture de la tutelle doit être proportionnée aux carences du mineur dans son rôle. Les difficultés qu'il rencontre dans la gestion patrimoniale ne peuvent conduire à le priver de l'intégralité de son autorité parentale, quand bien même il s'agirait de le désigner tuteur de son enfant, car l'autorité tutélaire n'est pas l'autorité parentale. L'autorité tutélaire se partage entre le conseil de famille et le tuteur, contrairement à l'autorité parentale qui est attribuée aux parents.

624. Même si cette proportionnalité est respectée, la tutelle aux biens comme la tutelle scindée présente un certain nombre d'écueils. Le juge devra, avant d'ordonner l'ouverture de ces tutelles, s'inquiéter des relations intrafamiliales, notamment s'il compte accorder un rôle aux grands-parents de l'enfant du parent-mineur. Un conflit né au sein de la tutelle ou opposant ses organes au parent-mineur représente un plus grand danger pour la protection des intérêts de l'enfant que les défaillances parentales qui en sont à l'origine. Elle favorise la mise à l'écart du mineur de son rôle de parent et de la protection de son enfant. Le conseil de famille peut, s'il l'estime nécessaire, privilégier pour ces fonctions une personne majeure dont la compétence juridique ne risque pas d'être spontanément remise en question par les tiers. Le parent-mineur exerce sur son enfant non seulement l'autorité sur la personne, mais encore son attribut qu'est l'administration légale. Au même titre que le parent majeur, le mineur a vocation tôt ou tard à réintégrer son rôle auprès de l'enfant. Compte tenu de ces remarques, l'ouverture d'une tutelle doit se limiter aux situations strictement prévues par la loi ou aux parents-mineurs en grave difficulté, sous réserve que la protection de l'enfant puisse être mieux assurée dans ce cadre. De plus, la lourdeur de ses mécanismes qui nécessitent la réunion d'un conseil de famille complexifie la gestion du quotidien de l'enfant et n'octroie qu'une place limitée aux grands-parents. Le recours à la délégation semble ici plus adapté, car ce mécanisme consacre juridiquement la parentalité d'un tiers qui peut être amené à prendre en charge l'enfant, soit à la place soit aux côtés de ses parents. Ce mécanisme permet de consacrer juridiquement le rôle factuel que les grands-parents occupent auprès de l'enfant de leur propre enfant.

Section II : La délégation de l'exercice de l'autorité parentale du parent-mineur

625. L'article 376 du Code civil pose le principe d'indisponibilité de l'autorité parentale selon lequel le parent ne peut ni renoncer ni céder l'exercice des droits qu'il exerce sur son enfant. Ce principe résulte à la fois du caractère d'ordre public¹ des droits parentaux combiné à leur nature éminemment personnelle. Si la loi attribue une place prépondérante au parent, les évolutions qu'a connues l'organisation familiale et sociale, avec le recul du mariage et la part grandissante des familles recomposées ou monoparentales², ont conduit le législateur à prendre en compte le rôle des tiers qui, sans être parent, sont pourtant amenés à s'occuper de l'enfant dans sa vie quotidienne³. Transposées à notre hypothèse, il s'agit des grands-parents chez qui le parent-mineur et son enfant peuvent vivre au quotidien. Ces situations ont permis de reconsidérer le principe d'indisponibilité de l'autorité parentale au nom d'un certain pragmatisme, en acceptant notamment que l'autorité parentale puisse être déléguée au tiers qui contribue à élever l'enfant aux côtés du parent. La réalité des règles encadrant la délégation directe offre une vision différente. Ce mécanisme juridique fait l'objet d'un encadrement strict, car seul l'impératif de protection de l'enfant permet de passer outre le caractère strictement personnel de l'exercice de l'autorité parentale résultant du lien de filiation (§ 1). En dépit du fait que la délégation permette effectivement de conférer au tiers l'exercice de l'autorité parentale nécessaire pour légitimer juridiquement son intervention dans le quotidien de l'enfant, ses effets sont mal identifiés (§ 2).

¹ A. Gouttenoire, « Autorité parentale, définition, sources, nature », in *Dr. fam.*, Dalloz, coll. Dalloz action, P. Murat (dir.), 2016, n° 232. 33.

² V. Défenseur des droits, L'enfant au cœur des nouvelles parentalités, rapport 2006, *La doc. fr.* ; J. Léonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers, rapport*, octobre 2009, *La doc. fr.*

³ P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018, p. 759, n° 1631 ; Le Défenseur des enfants, *Droit fondamental à l'éducation*, 2016, *La doc. fr.*, pp. 24 s. ; Sur les évolutions apportées par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : H. Bosse Platière, « L'autorité parentale après la loi du 4 mars 2002 », *Inf. soc.* 2003, n° 105, p. 62 ; F. Boulanger, « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002, chron. p. 1571 ; C. Brière, « La coparentalité, mythe ou réalité ? », *RDSS* 2002, p. 567 ; F. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, p. 959 ; A. Gouttenoire, « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.* 2002, chron. p. 24 ; du même auteur : « La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale », *AJ fam.* 2002, p. 124 ; M. Rebourg, « La réforme de l'autorité parentale », *JCP* n° 15, 10 avril 2002. Actu. 178, p. 701 ; J. Rochfeld, « Droits/fonctions versus droits subjectifs : quel modèle pour la famille ? », *Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*, *RTD. civ.* 2002, p. 377 ; F. Vauvillé, « Du principe de coparentalité », *LPA* n° 209, 18 octobre 2002, p. 4.

§ 1 : Les conditions strictes encadrant la délégation de l'autorité parentale

626. Le terme de délégation provient du verbe latin *delegare* qui se traduit par « confier » ou encore « s'en remettre à ». La délégation lorsqu'elle concerne l'exercice d'une fonction renvoie à « une opération parfois permise par le droit par lequel le titulaire d'une fonction [...] en transfère l'exercice à une autre personne »¹, le délégataire². La délégation, qu'elle soit directe ou indirecte³, ne peut résulter que d'une décision judiciaire ce qui implique la saisine du juge⁴. Si la délégation peut être imposée à la demande d'un tiers ayant recueilli l'enfant (**A**), cette démarche peut aussi être volontaire et émaner directement des parents (**B**). La loi veille à préserver l'équilibre entre le caractère indisponible de ce droit et la nécessité de préserver la continuité de la protection de l'enfant.

A- La délégation imposée à la demande du tiers, protection de l'enfant

627. Si l'enfant s'est vu attribuer un droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants ou un tiers⁵, ceux-ci n'ont pas à se substituer aux parents. Le tiers qu'il soit membre de la famille⁶ tel que le grand-parent, qui sans être la seule est la personne plus susceptible de s'impliquer dans la vie quotidienne de l'enfant du mineur, un proche digne de confiance⁷, un établissement agréé à l'accueil des enfants, l'Aide Sociale à l'Enfance ou n'importe qu'elle autre personne amenée à prendre en charge l'enfant peut solliciter du juge une délégation d'autorité parentale. Le juge ne pourra faire droit à cette demande, que si le tiers a préalablement recueilli l'enfant à son domicile (1). Ce recueil ne suffit pas, le comportement du parent à l'égard de son enfant doit également atteindre un certain degré de gravité pour justifier qu'il soit procédé à la délégation forcée de ses droits (2). Lorsqu'elle fait suite à la demande d'un tiers, la délégation demeure très fortement marquée par l'idée d'abandon de l'enfant par

¹ *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « délégation » sens n° I-1.

² *Ibid.*, v. « délégataire » sens 1 : « dans la délégation de fonction, celui qui en est investi par délégation »

³ C'est-à-dire obtenue à l'occasion d'une procédure dont la délégation n'est qu'un attribut de la décision qui poursuit un autre objectif et repose sur un autre fondement juridique, ex : la procédure de déclaration judiciaire de délaissement parental (381-1 s. C. civ.)

⁴ Art. 376 C. civ., art. 1202 s. CPC.

⁵ Art. 371-4 C. civ.

⁶ La famille étant ici entendue de manière large (grands-parents, oncles, tantes, frères, sœurs, cousins...). Ceux-ci ne disposent pas d'une priorité sur les autres tiers susceptibles d'assumer la délégation : Cass., civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n° 07-11.273, *Bull. civ.* I, n° 106 ; D. 2008, p. 773, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD. civ.* 2008, p. 470 ; pour un exemple de délégation confiée à la grand-mère : CA Toulouse, 1^{ère} ch., 2^{ème} sect., 18 décembre 2007, *Juris-Data* n° 2007-353549.

⁷ V. sur cette notion : C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 17.

son parent¹. Il s'agit ici d'assurer la continuité de la protection légale de l'enfant² et la stabilité de sa situation, compte tenu des carences parentales.

1. Le recueil préalable de l'enfant par le tiers

628. La transposition de la délégation en matière familiale n'est pas récente, elle remonte à la loi du 24 juillet 1889 relative aux enfants maltraités ou moralement abandonnés³. Elle permettait à l'État de placer l'enfant avec ou sans l'accord des parents, et de conférer à l'établissement tout ou partie de la puissance paternelle. La loi du 4 juin 1970⁴ qui a consacré le principe d'indisponibilité de l'autorité parentale⁵ a conservé le mécanisme de la délégation en tant que mesure de protection intermédiaire de l'enfant entre les dispositions relatives à l'assistance éducative et celles encadrant le retrait de l'autorité parentale. La délégation à la demande du tiers telle que nous la connaissons aujourd'hui résulte de la fusion opérée par la loi du 4 mars 2002⁶ entre la délégation prévue à l'ancien article 377 aliéna 3 du Code civil qui exigeait une remise volontaire de l'enfant par le parent combinée au désintéret de sa part avec l'ancien article 377-1 de ce même Code qui se contentait du recueil factuel de l'enfant sans l'intervention du parent, mais imposait au tiers accueillant une déclaration de cette situation aux autorités administratives pour permettre au parent, le cas échéant, de récupérer l'enfant⁷. L'article 377 alinéa 2 du Code civil ne se réfère plus qu'au recueil de l'enfant par le tiers⁸ et peut s'appliquer à tout mineur sans distinction d'âge⁹. Le recueil de l'enfant renvoie à une situation de fait ou de droit qui est appréciée indépendamment de la volonté des parents contrairement à la « remise » qui supposait un

¹ P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.* ; A. Gouttenoire, P. Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. fam.*, 2003, chron. p. 1.

² Art. 20 CIDE. La Kafala du droit musulman évoqué à l'alinéa 3 de ce texte a été assimilée en droit Français à une délégation d'autorité parentale ; v. : A. Gouttenoire et M. Lamarche, « La recherche d'équivalent : la délégation d'autorité parentale », dossier spécial Kafala, *Dr. fam.* 2009. Étude 9, et réf. cit. ; C. Neirinck « Autorité parentale – Délégation », *loc. cit.*, nos 122 s. ; cette assimilation a été réalisée tant par la jurisprudence judiciaire : CA Paris, 28 juin 2006, n° RG 05/11006 ; CA Versailles, 27 novembre 2003, n° RG 03/05159, CA Paris, 16 févr. 2006, *Lexbase* n° A3757DNH, CA Montpellier, 14 sept. 2012, n° 12/00667, *Juris-Data* n° 2012-029859, Cass., civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, n° 09-10.439, *Juris-Data* n° 2010-023881 ; que par la jurisprudence administrative : CE 28 décembre 2007, req. nos 303956 et 304202 ; CE 9 novembre 2007, req. n° 279743 ; CE 7 mars 2007, req. nos 285679 et 288637 ; CE 24 janvier 2007, req. n° 290066 ; CE 29 novembre 2006, req. n° 266156.

³ Loi du 24 juillet 1889, Enfants maltraités ou moralement abandonnés, placement des mineurs, action éducative en milieu ouvert, *JO* 25 juillet 1889, p. 3653.

⁴ Loi du 4 juin 1970, n° 70-459, relative à l'autorité parentale, *op. cit.* ; M. Brazier, « L'autorité parentale », comm. de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970, *JCP* 1970, I, p. 2362 ; C. Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971. chron. p. 1 ; M. Gobert, « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP* 1971, I, p. 2421.

⁵ L'indisponibilité en droit est rarement un principe inconditionnel ; v. à ce sujet : J. Hauser, D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille*, LGDJ, 1993, n° 517 ; P. Murat, « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir », in *Mélanges Huet-Weiller*, éd. PUF, 1998, pp.341 et s. spéc. p. 342 ; M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD. civ.* 1992, pp. 489 et s., spéc. p. 514 ; et l'évolution jurisprudentielle et législative concernant la mention du sexe à l'état civil : Ass. Plén., 11 décembre 1992, *Bull.*, n° 13 ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.1, Dalloz, 13 éd., 2015, p. 184 ; *JCP* 1993, II, p. 21991, note G. Mémeteau ; *RTD. civ.* 1993, p. 325, obs. J. Hauser ; Cass., civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-30.262 (v. aussi n° 11-30.261) ; *JCP* 2012, p. 856, avis C. Petit ; *JCP* 2012, doct. 878 ; *RTD. civ.* 2012, p. 502, note J. Hauser ; *RDSS* 2012, p. 880, note S. Paricard ; *Civ. 1^{ère}*, 13 févr. 2013, *Bull. civ. I*, nos 13 et 14 ; *D.* 2013, p. 499, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2013, p. 1089, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *D.* 2014, p. 843, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ. fam.* 2013, p. 182, obs. G. Vial ; *RTD. civ.* 2013, p. 344, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2013, n° 48, note Ph. Reignié ; loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XX^{ème} siècle, *JO* 19 novembre 2016 texte n° 1.

⁶ Loi 4 mars 2002, n° 2002-305, relative à l'autorité parentale, *op. cit.*

⁷ Anc. art. 1201 CPC.

⁸ Le décret n° 2002-1436 du 3 décembre 2002, *JO* 12 décembre 2002, p. 20482 a abrogé l'article 1201 du Code de procédure civile qui imposait la déclaration administrative du tiers ayant recueilli l'enfant.

⁹ Avant la loi du 4 mars 2002, les cas de délégation ne pouvaient intervenir qu'à l'égard « de mineurs de seize ans ».

acte volontaire, du moins implicite, de leur part de confier l'enfant au tiers accueillant. Le sens donné à la remise par le parent a été interprété progressivement de manière extensive pour étendre le domaine de la délégation, « pour ne pas contraindre les tiers souhaitant seulement affermir leurs pouvoirs à recourir à des procédures dont les conséquences sont beaucoup plus graves, telles que la déclaration judiciaire d'abandon¹ ou le retrait de l'autorité parentale. »² La remise volontaire de l'enfant par ses parents était vue comme un obstacle inutile face à une délégation qui apparaissait opportune, car la délégation imposée était motivée par l'intérêt de l'enfant³.

629. Ce critère présente une importance certaine, parce que la délégation à la demande du tiers permet de réinstaurer une cohérence entre la réalité factuelle de l'enfant et sa situation juridique. L'article 371-3 du Code civil fixe la résidence habituelle de l'enfant au domicile de son parent, qu'il ne peut quitter sans son accord. L'objectif de cette cohabitation est de faciliter l'exercice quotidien des droits et obligations du parent sur son enfant, dont il est lui-même une modalité d'exercice de l'autorité parentale⁴. La présence de l'enfant chez un tiers déroge à ce principe et permet de mettre en lumière une rupture dans sa protection comblée le cas échéant par une tutelle de pur fait⁵. Le tiers est légitime à demander l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant, pour consacrer juridiquement la situation de fait dans laquelle se trouve l'enfant qu'il a recueilli, l'objectif étant de lui permettre de veiller à la continuité ainsi qu'à la stabilité de cette protection d'ordre public. La présence de l'enfant au domicile du tiers lui confère l'intérêt et la qualité nécessaires pour introduire une demande en délégation, seul compte le fait qu'il s'occupe de l'enfant au moment où il introduit sa demande auprès du juge aux affaires familiales⁶ qui devra, le cas échéant, le désigner en tant que délégataire de l'autorité parentale⁷.

630. L'importance accordée à ce critère peut être relativisée dans la situation des parents-mineurs, notamment lorsque cette demande de délégation émane de leurs propres parents. En raison de l'obligation de cohabitation à laquelle les parents-mineurs sont eux-mêmes astreints, la loi fixe la résidence de leur enfant au domicile de leurs grands-parents. Le recueil de l'enfant par ses grands-parents est systématiquement rempli, car ce critère résulte de l'obligation de cohabitation de loi

¹ Remplacée par la déclaration judiciaire de délaissement (art. 381-1 et 381-2 c. civ.) qui permet de rendre l'enfant adoptable (art. 347 al. 4 C. civ.).

² A. Gouttenoire, P. Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *op. cit.* ; v. pour illustration : Cass., civ., 27 septembre 1999, *Bull. civ.*, avis. n° 6 ; *Juris-Data* n° 1999-033092 ; *RTD. civ.* 2000, p. 102, obs. J. Hauser ; rapport de la Cour de cassation pour 1999, p. 509 ; Cass., civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *Dr. fam.*, 2002, comm. p. 3, obs. A. Gouttenoire, P. Murat, *D.* 2001, p. 3387, note M. Huyette ; *JCP G.* 2002, I, p. 165, n° 12, obs. T. Fossier ; *RTD. civ.* 2001, p. 867, obs. J. Hauser ; Ces arrêts estimaient que l'ancien article 377 C. civ. était applicable et que la remise était constituée même dans le cadre d'un placement judiciaire de l'enfant.

³ C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, nos 34 s.

⁴ A.-M. Leroyer, « L'enfant confié à un tiers, de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD. civ.* 1998, p. 587, n° 5.

⁵ V. J. Carbonnier, *Droit civil tome1 Introduction Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, éd. PUF, coll. Quadridge Manuels, 2^{ème} éd., 2017, n° 306, p. 595.

⁶ Ex. : CA Versailles, 25 octobre 2012, n° 11/08504, *Juris-Data* n° 2012-024107. En l'espèce, la grand-mère de l'enfant avait introduit une demande de délégation de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 377 al. 2 C. civ. au motif de l'incarcération du père et de la vulnérabilité psychologique de la mère. La Cour d'appel, l'a déboutée, car l'enfant avait été pris en charge par les services de l'Aide Sociale à l'Enfance. La grand-mère n'avait donc pas recueilli l'enfant et ne disposait pas d'un intérêt pour agir.

⁷ La loi du 4 mars 2002 (*op. cit.*) a supprimé le cas de délégation à la demande d'un tiers qui conférait une liberté de choix au juge dans la désignation du délégataire : v. anc. art. 377-1 C. civ.

et de la situation juridique particulière des parents-mineurs. La demande de délégation des grands-parents est d'autant plus facilitée que l'enfant vit sous leur toit. De plus, la seule présence de l'enfant au domicile suffit, le législateur comme la jurisprudence n'ont pas imposé la démonstration d'une stabilité ou d'une durée particulière à cet accueil, ces critères sont induits par l'attitude des parents à l'égard de l'enfant. C'est le comportement parental qui détermine la légitimité de la demande et de l'atteinte portée à l'indisponibilité de l'autorité parentale, car il justifie d'une part la présence de l'enfant au domicile du tiers, et d'autre part la nécessité de lui déléguer l'exercice de l'autorité parentale.

2. *La gravité du comportement parental*

631. La présence de l'enfant à son domicile ne justifie pas à elle seule la substitution du grand-parent au détriment de son parent-mineur. C'est le comportement des parents qui justifie l'atteinte portée à l'indisponibilité de l'autorité parentale sans l'accord de ses titulaires. L'article 377 alinéa 2 du Code civil prévoit que la délégation imposée ne peut intervenir qu'en cas de désintérêt manifeste ou d'impossibilité pour les parents d'exercer tout ou partie de leur autorité parentale. Ces deux situations marquent une rupture dans la protection de l'enfant par ses parents. L'idée selon laquelle c'est la continuité de la protection offerte au mineur qui est d'ordre public, permet d'expliquer que l'exercice de cette protection puisse échapper aux parents afin d'être confiée à un tiers. Le caractère strictement personnel de l'exercice de l'autorité parentale reconnu par la loi en raison du lien de filiation trouve une limite face aux enjeux de cette protection, qui n'est autre que de permettre à terme à l'enfant de s'insérer dans la société dans laquelle il évolue. Il revient au tiers d'apporter la preuve que l'enfant qu'il a recueilli se trouve bien dans l'une de ces deux situations, ce qui permet de démontrer d'une part la gravité des défaillances parentales et d'autre part une discontinuité dans la protection légale de l'enfant. Cette démonstration est une garantie du caractère exceptionnel des atteintes portées à l'indisponibilité de l'autorité parentale ainsi qu'à sa nature éminemment personnelle. Ces deux situations ont pour dénominateur commun l'existence d'une vacance parentale dans la protection juridique de leur enfant tant sur le plan décisionnel que sur celui de la représentation légale, car cela suppose « que l'intérêt de l'enfant soit sérieusement mis à mal, par de graves carences des parents. »¹

632. En ce qui concerne le désintérêt des parents, cette notion était déjà présente avant la loi du 4 mars 2002. Ce désintérêt ne pouvait être caractérisé que de manière objective, c'est-à-dire après qu'un délai minimal d'un an ne se soit écoulé entre leur dernière manifestation et l'introduction de la demande de délégation par le tiers². La loi du 4 mars 2002 a renoncé à ce délai et demande en contrepartie à ce

¹ A.-M. Leroyer, « L'enfant confié à un tiers, de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *op. cit.*, n° 1.

² Ce délai est toujours présent en matière de délégation indirect : v. art. 381-1 C. civ., concernant la déclaration judiciaire de délaissement parental.

que le désintérêt soit manifeste, autrement il revient au tiers d'apporter la preuve d'un désintérêt¹ actuel² des parents ainsi que son degré de gravité³. La Cour de cassation a adopté une conception subjective et volontaire de cette notion⁴ et la jurisprudence considère que « le désintérêt manifeste correspond à l'absence de relation affective, à une totale indifférence du parent envers son enfant »⁵. Cette notion fait l'objet d'une appréciation *in concreto* par le juge, « le comportement des parents fait l'objet de décomptes précis portant sur les manifestations ou les absences d'affects, les visites rendues, toutes les marques d'intérêt. »⁶ Une simple indifférence ou une passivité du parent ne suffit pas pour justifier l'atteinte portée à ses droits, il faut que le désintérêt soit également volontaire. L'intention du parent peut être présumée de son comportement pour permettre au tiers de ne pas se heurter aux difficultés inhérentes à la preuve d'un fait négatif. Le tiers doit démontrer préalablement qu'il a pris en compte les difficultés parentales et que les démarches qu'il a entreprises auprès des parents n'ont pas permis de recréer un lien suffisant avec l'enfant pour restaurer l'exercice de l'autorité parentale par ses titulaires⁷. La notion de désintérêt rejoint la définition donnée au délaissement de l'article 381-1 du Code civil selon lequel « un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement ». Ce désintérêt doit résulter du comportement du parent et non d'un empêchement de ce dernier tel que l'incapacité civile⁸. De plus, le tiers ne doit pas avoir eu un comportement de nature à entraver les droits des parents⁹. L'un des grands-parents pourra, par exemple, solliciter la délégation de l'autorité parentale sur son petit-enfant, lorsque le parent-mineur a fugué du domicile familial sans reparaître¹⁰, laissant son enfant à la charge exclusive des grands-parents. À l'inverse, cette demande ne saurait aboutir si le départ du parent-mineur a été provoqué par ses parents qui sont à l'initiative de cette demande de délégation. Ce n'est qu'après avoir envisagé concrètement les relations entretenues par le parent-mineur et son enfant que le juge pourra prouver ou non son désintérêt¹¹. La seule indifférence ou le manque de réactivité du parent face aux besoins de

¹ Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 8 décembre 1981, *JCP G* 1982, IV, p. 79.

² A. Gouttenoire, « Autorité parentale, exercice », in *Dr. fam.*, *op. cit.*, n° 234. 212 : « La charge de la preuve du désintérêt incombe au demandeur dont la tâche pourrait se révéler difficile puisqu'il s'agit d'établir un fait négatif. » ; A. Gouttenoire, P. Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *op. cit.*

³ La jurisprudence née de l'ancien article 350 du Code civil qui se référait lui aussi au désintérêt manifeste du parent est transposable à la notion de désintérêt manifeste de l'article 377 al. 2 C. civ. L'alinéa 2 de l'article 350 précisait par ailleurs que « sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs. ». (Cet article a été abrogé par la loi du 14 mars 2016, n° 2016-297 et remplacé par les articles 381-1 et 381-2 C. civ.).

⁴ A. Gouttenoire, « Autorité parentale, exercice », *op. cit.*

⁵ C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 39.

⁶ *Ibid.* n° 39.

⁷ Ex : CA Paris, 13 octobre 2016, n° 16/00656, *Juris-Data* n° 2016-021248.

⁸ V. sur la notion de délaissement : circulaire, 19 avril 2017, NOR : JUSF1711230C, fiche n° 6, déclaration judiciaire de délaissement, spéc. p.4 : « Les débats parlementaires envisageaient comme cause d'empêchement qui ferait échec à la déclaration judiciaire de délaissement parental, "l'incapacité du parent, au sens du Code civil, en cas d'altération des facultés mentales ou corporelles liées à un accident ou une maladie". Il était explicitement considéré que la volonté du parent ne devait pas être prise en compte, l'empêchement devant donc lui être extérieur et être imposé. »

⁹ Cass, civ. 1^{ère}, 8 décembre 1981, n° 80-14.808, en l'espèce, les parents cherchaient à renouer contact avec l'enfant, mais se heurtaient au refus des demandeurs à la délégation.

¹⁰ CA Versailles, 24 octobre 2013, *Juris-Data* n° 2013-023917, dans les faits, le parent était parti sans laisser d'adresse connue.

¹¹ C. Neirinck « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 39.

son enfant ne suffisent pas. Les difficultés rencontrées par le parent dans l'exercice de ses droits engendrés par sa minorité ne présument en rien de son désintérêt pour son enfant. Concrètement, il revient au tiers, demandeur à la délégation, de démontrer qu'en dépit des efforts qu'il a réalisés pour restaurer la protection parentale comme les relations de l'enfant avec son parent, celui-ci est demeuré absent de son rôle, provoquant la vacance de la protection de son enfant. Sauf à prouver que le mineur s'est volontairement déchargé de son enfant sur son propre parent en mettant notamment fin à toute communauté de vie, la délégation à la demande du tiers fondée sur le désintérêt du parent-mineur ne pourra prospérer.

633. Le tiers a aussi la possibilité de solliciter la délégation de l'autorité sur l'enfant qu'il a recueilli en cas d'impossibilité pour les parents d'exercer sur lui tout ou partie de leur autorité parentale. L'impossibilité doit être distinguée des cas où le parent n'est pas objectivement empêché d'exercer son autorité, mais n'en use pas, comme dans le cas d'un placement où par leur inaction ils empêchent la réalisation des actes graves¹. Elle implique qu'un obstacle de droit ou de fait vienne s'opposer à l'effectivité de la protection parentale, sans qu'il soit nécessaire de démontrer une volonté du parent de ne pas assumer son rôle de protecteur². Ce cas de figure recouvre notamment les situations prévues à l'article 373 du Code civil, car celui qui est hors d'état de manifester sa volonté est, de ce fait, dans l'impossibilité d'exercer son autorité parentale³, sans pour autant s'y limiter. À titre d'exemple, la Cour de cassation a pu adopter une interprétation extensive de cette impossibilité. Dans un arrêt du 5 avril 2005⁴, il a été admis qu'un père était dans l'impossibilité d'exercer son autorité parentale, car il était difficilement joignable et qu'il ne prenait pas véritablement en compte les besoins de son enfant et cela en dépit des liens affectifs qu'il pouvait entretenir avec sa fille. Cet arrêt pose une question plus générale, susceptible de concerner tous les parents placés dans une situation de vulnérabilité, que ce soit en raison de leur situation personnelle ou de leurs faibles ressources. Ce cas de délégation apparaît bien plus protecteur de l'intérêt de l'enfant et moins respectueux des droits des parents⁵. Il présente le risque de porter atteinte au fonctionnement des familles les plus vulnérables⁶ parmi lesquelles figurent celles composées par les parents-mineurs, dont la vulnérabilité résulte principalement de leur état de minorité.

¹ À ce sujet, le rapport du groupe de travail « Protection de l'enfance adoption », *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, A. Gouttenoire (dir.), février 2014, *La doc. fr.*, envisageait dans sa proposition n° 18 la possibilité pour le tiers ayant recueilli l'enfant de solliciter une délégation : « si de fréquentes demandes d'autorisation pour effectuer des actes non usuels ont été formées sur le fondement de l'article 375-7, alinéa 2 », en complément de l'article 373-4 C. civ. qui permet au tiers auquel l'enfant est confié d'accomplir tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation.

² *Ibid.* n°s 43 s.

³ A. Gouttenoire, « Autorité parentale, exercice », *op. cit.*, n° 234. 213.

⁴ Cass., civ. 1^{re}, 5 avril 2005, n° 04-05019, *Juris-Data* n° 2005-027908 ; *Dr. fam.*, 2005, comm. p. 155, P. Murat ; *AJ. fam.* 2005, p. 273, obs. H. Gratadour.

⁵ C. Neirinck « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 39.

⁶ C. Neirinck, « Pauvreté et enfant délaissé ou désinvesti par ses parents », in *Droits de l'enfant et pauvreté*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires 2010, p.131.

Cette conception de la délégation conduit à la substitution d'un parent qui, bien qu'en difficulté, demeure présent auprès de son enfant.

634. Au vu des contraintes posées par l'article 377 du Code civil, une autre voie a pu être privilégiée par les tiers afin d'obtenir la délégation de l'autorité parentale sur un mineur qu'ils accueillent à leur domicile via l'article 373-2-8 du Code civil, ce texte leur offre la possibilité de saisir le ministère public, afin qu'il saisisse à son tour le juge aux affaires familiales pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. L'avantage est qu'ici, le demandeur n'a pas à apporter la preuve d'une carence parentale ou d'une difficulté dans l'exercice de son autorité. Cette possibilité trouve une illustration dans un arrêt de la Cour d'appel d'Agen du 11 avril 2003¹. En l'espèce, en 2006 des grands-parents paternels se sont vus accorder un droit de visite et d'hébergement sur leurs deux petites-filles. Le 3 mars 2011, ils ont introduit une demande afin d'obtenir une délégation de l'autorité sur l'une d'elles via l'article 377 du Code civil. Le juge aux affaires familiales les déboute de leur demande. Les grands-parents interjettent appel de ce jugement pour finalement se désister, car ils ont, parallèlement, introduit une demande auprès du procureur de la République sur le fondement de l'article 373-2-8 du Code civil. Une fois saisi, le procureur a ordonné une enquête sociale. À son issue, il a introduit une requête auprès du juge aux affaires familiales favorable aux demandes formulées par les grands-parents. Le juge n'y fait que partiellement droit, il fixe la résidence de l'enfant à leur domicile, mais ne leur accorde que la qualité de tiers digne de confiance, ce qui leur permet de réaliser les actes usuels qu'implique la prise en charge quotidienne de l'enfant. Les grands-parents interjettent appel de cette nouvelle décision et la Cour d'appel d'Agen fait droit à leur demande de délégation partielle d'autorité parentale². L'arrêt relève que l'enfant vivait au domicile de ses grands-parents et qu'il n'avait pas eu de contact avec sa mère, le juge a estimé qu'il était indispensable de déléguer aux grands-parents certaines prérogatives afin d'assurer la vie quotidienne de leur petite-fille. Cette délégation permet de partager les prérogatives parentales entre les parents qui demeurent les seuls titulaires et les tiers (ici les deux grands-parents) qui les exercent au quotidien. Le filtre du procureur, facilite l'action des tiers³ quand les carences parentales sont d'une gravité moindre que celles requises par l'article 377⁴. Cette possibilité offerte par l'article 373-8-2 du Code civil donne aux grands-parents l'opportunité d'interférer dans l'exercice de l'autorité du parent-mineur. Seul l'intérêt de l'enfant allié au

¹ CA Agen, 1^{er} ch., matrimonial, 11 avril 2013, n° 12/01488 : *Juris-Data* n° 2013-008776 ; *Dr. fam.*, 2013, comm. p. 103, C. Neirinck.

² L'étendue de la délégation aux grands-parents est exposée dans le dispositif. Sont délégués les attributs de l'autorité parentale relevant des domaines suivants : la santé (consultations médicales, hospitalisation, carte vitale), l'éducation (séjours linguistiques), scolaire (choix du lycée et réinscription, autorisation de sortie et séjours scolaires), vie privée (sorties extra-scolaires), ouverture de compte bancaire au nom de l'enfant, autorisation d'un travail saisonnier. Cette délégation dépasse amplement ce qu'autorise le statut de tiers digne de confiance.

³ C. Neirinck, *loc. cit.* : « Le recours à l'article 373-2-8 du Code civil permet, comme le montre l'arrêt, d'écarter les inconvénients de la délégation. La délégation est soit organisée comme une mesure de nature "contractuelle" qui implique l'accord des parents délégants avec le délégataire ; soit elle constitue une mesure confiscatoire de l'autorité parentale destinée à protéger l'enfant contre des parents gravement défaillants, cette défaillance étant le fait de leur désintérêt manifeste ou de leur impossibilité d'exercer leur autorité. »

⁴ Les grands-parents ayant été débouté par le juge de leur demande sur ce fondement.

constat de la nécessité de la délégation, entendu comme un moyen de préserver la continuité de sa protection, préserve les parents-mineurs des éventuelles dérives visant à les priver de leurs droits au seul motif de leur minorité, déniaient à leur enfant son droit d'être élevé par eux.

635. Qu'elle soit fondée sur le désintérêt du parent pour son rôle, de son impossibilité à l'exercer de manière suffisante, ou d'une application de l'article 373-8-2 du Code civil, la délégation de l'autorité parentale à la demande d'un tiers n'a pas pour but d'organiser l'intervention d'un tiers aux côtés d'un parent, ni de pallier sa vulnérabilité¹. Il s'agit de le substituer dans ses droits sans que son consentement soit requis. La simple démonstration de son absence de la vie de son enfant, ou de ses carences dans l'exercice de ses droits, suffit pour envisager une délégation destinée à combler la vacance que ce comportement génère dans la protection de l'enfant². La protection conférée par l'autorité parentale est d'ordre public, sa continuité est donc permise par l'intervention d'un tiers, non seulement dans l'intérêt de l'enfant³, mais aussi dans celui de la société⁴. Comme souligné par la commission dirigée par le Professeur Dekeuwer-Défossez, « en fait, l'ensemble des règles paraît marqué par l'idée que la délégation constitue plus ou moins une forme d'abandon de l'enfant par ses parents qui ne peuvent ou ne veulent en assumer la responsabilité. »⁵ Avant d'ajouter qu'« il semblerait au contraire opportun de faire de la délégation un mode d'organisation souple et efficace de prise en charge de l'enfant par un tiers, notamment par les grands-parents ou les beaux-parents, en cas de difficultés ou de défaillance, parfois temporaires des parents »⁶. Il ne s'agit plus ici d'une délégation imposée au parent pour le substituer dans sa fonction, mais d'un soutien souhaité par ce dernier dans l'intérêt de son enfant.

B- La délégation volontaire à la requête des parents, tentative échouée d'organisation familiale

636. La loi du 4 mars 2002⁷ s'est fortement inspirée de cette vision de la délégation pour introduire une plus grande souplesse dans les règles organisant l'autorité parentale et la protection de l'enfant, « dans la constitution de la famille, l'élément charnel, biologique a perdu de son importance au profit de l'élément psychologique, affectif [...], elle est un milieu éducatif qui n'existe qu'à condition d'être quotidiennement vécue »⁸. Cet assouplissement devait favoriser une plus grande sécurité juridique pour l'enfant, mais également permettre au tiers de sortir d'une situation de pur fait en consacrant

¹ Pour une comparaison avec les législations étrangères : v. le document de travail du Sénat sur *Le statut du beau-parent*, série les législations comparées, Sénat, avril 2009, n° LC 196.

² C. Neirinck « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 7 : « en effet, la mesure est essentiellement pragmatique et vise à assurer une prise en charge organisée par le droit d'un mineur délaissé. »

³ Art. 20 CIDE.

⁴ Art. 376 C. civ.

⁵ F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La doc. fr., 1999, p. 90.

⁶ *Ibid.*

⁷ Loi n° 202-305 du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, *op. cit.*

⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^{ème} éd., 1998, p. 135.

juridiquement la place qu'il occupe dans sa vie¹, car « les beaux-parents ou les grands-parents qui seraient amenés à prendre provisoirement en charge l'enfant [...] ou auxquels les parents souhaiteraient confier telle ou telle mission, se trouvent dans une situation juridique précaire »². Contrairement à la délégation à la demande unilatérale du tiers, il s'agit ici d'une prérogative exclusivement parentale, c'est eux qui détiennent l'initiative de la saisine judiciaire (1). La volonté des père et mère n'est pas toute puissante, ils n'ont pas la libre disposition d'un droit de nature éminemment personnel. Il revient au juge de vérifier préalablement la nécessité de cette délégation et sa conformité avec l'intérêt de l'enfant (2).

1. *L'intervention du juge subordonnée à la volonté des père et mère*

637. Lorsque la vie quotidienne de l'enfant est partagée avec une personne autre que son parent, ce tiers peut être conduit à répondre à ses besoins et à réaliser certains actes dans son intérêt, par exemple, le grand-parent chez lequel résident le parent-mineur et son enfant. Il peut être amené à prendre en charge son petit-enfant et à occuper un rôle actif dans son éducation aux côtés du parent. Le tiers ne doit pas prendre sa place sauf à démontrer l'absence du parent et les failles qu'elle génère dans la protection de son enfant. En dehors de cette situation, l'article 377 du Code civil dispose dans son alinéa premier que ce sont les père et mère qui peuvent solliciter la délégation de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers³. Les parents n'ont pas la libre disposition de leur autorité parentale, ce qui signifie que pour prendre effet, toute modification de l'exercice de l'autorité parentale doit être d'origine légale ou judiciaire pour produire ses effets⁴. La délégation repose sur une manifestation positive de leur volonté, car elle « [...] est analysée comme une renonciation des parents et donc comme une prérogative parentale »⁵.

638. La logique juridique mise en œuvre à l'égard de la procédure de délégation se rapproche fortement de celle qui conduit à confier l'initiative de la procédure judiciaire d'émancipation aux seuls parents de l'enfant⁶. La délégation vient modifier l'exercice de l'autorité parentale qui est un droit éminemment personnel, seuls ses titulaires peuvent y consentir. Son attribution résulte du lien de filiation direct existant avec l'enfant, qui met à leur charge son entretien, son éducation et sa protection⁷ et justifie l'attribution de l'autorité parentale ainsi que de son exercice. En l'absence de délaissement de l'enfant, il n'y a que le parent qui puisse accepter la délégation de son autorité parentale. En conclusion,

¹ Défenseur des droits, rapport annuel, 2006, *La doc. fr.*, spéc. p. 32.

² Commission F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la Famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, septembre 1999, *La doc. fr.*, p. 73 ; v. également sur ce point : M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, thèse Lyon 3, 1996, Defrénois, 2003.

³ Ce principe est repris à l'article 377-1 C. civ., qui envisage le partage de l'autorité parentale avec un tiers dans le cadre d'une délégation (sur la délégation partage : v. *infra* nos 661 s.).

⁴ Les conventions parentales organisant les modalités d'exercice de l'autorité parentale requièrent une homologation judiciaire. Art. 371-2-7 C. civ.

⁵ C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 3.

⁶ V. *infra* nos 680 s.

⁷ V. *supra* nos 148 s.

dans le cas où un mineur accède au statut de parent, lui seul pourra consentir à la délégation de son autorité parentale à un tiers et saisir le juge de cette demande, tant qu'il assume cette fonction. La délégation de l'autorité parentale ne peut être sollicitée par les grands-parents, car l'action est liée à l'exercice de l'autorité parentale, faute de détenir cet exercice, ils n'ont pas qualité pour agir. L'action en délégation volontaire ne peut être exercée ni par représentation ni par assistance au même titre que l'autorité parentale. Avant la réforme du 4 mars 2002, l'article 377 prévoyait que le « tuteur autorisé par le conseil de famille » pouvait solliciter une délégation de l'autorité parentale. La délégation d'un droit implique pour le délégant qu'il en soit le titulaire ou du moins qu'il soit amené à l'exercer¹. L'organisation et le fonctionnement de la tutelle se substitue à l'autorité parentale. Les différents attributs de l'autorité parentale font l'objet d'un découpage et d'une répartition entre tous les organes tutélaires, si bien qu'aucun ne peut se prévaloir de l'exercice de ce droit. « Comment le tuteur ou le conseil de famille pourrait-il saisir le juge aux affaires familiales pour déléguer une autorité parentale que ni l'un ni l'autre n'exerce ? »² Tant que les parents-mineurs exercent l'autorité sur leur enfant, eux seuls pourront demander la délégation de leur droit. L'action en délégation revêt une nature similaire à celle du droit que l'on souhaite déléguer³. Il s'agit d'une nouvelle illustration de la théorie du droit servant⁴ en matière procédurale. Cette théorie doit également s'appliquer pour déterminer qui du parent ou du tuteur sera en capacité de préserver les intérêts de l'enfant en justice et de le représenter dans les procédures qui le concernent. Le tuteur n'a vocation à représenter l'enfant en justice que si le droit mobilisé a été attribué à la tutelle, dans le cas contraire ses parents sont seuls à pouvoir exercer la représentation *ad agendum* de leur enfant. Si l'article 377 du Code civil prévoit que « les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent [...] saisir le juge » pour déléguer leur autorité, l'efficacité de cette démarche est tempérée par le mode d'exercice de l'autorité parentale.

639. Lorsque l'autorité parentale est exercée en commun, l'article 377 du Code civil donne à chacun des parents l'initiative de la procédure. Le parent ne peut renoncer unilatéralement à l'exercice de son autorité parentale, le principe de la délégation se doit d'être accepté par l'autre parent⁵. Dans l'éventualité où il n'aurait pas été tenu informé de cette décision en dépit de l'obligation mise à la charge du juge de convoquer les deux parents à l'instance⁶, elle ne lui sera pas opposable⁷. Lorsqu'il est appelé à la procédure, le parent non délégant pourra non seulement refuser toute délégation, mais également

¹ I. Maria, « Réflexions autour de la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale », in *Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, pp. 735 s.

² C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 15.

³ V. sur ce point : V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, « Autorité parentale », in *Rep. proc. civ.*, Dalloz, décembre 2004, (actualisation avril 2019), n°s 69 s.

⁴ Sur cette théorie du droit servant v. *supra* n°s 341 s.

⁵ Cette solution existait déjà dans le cas d'une délégation conventionnelle de la puissance paternelle (ex : CA Paris, 18 décembre 1961, *JCP G* 1962, II, p. 12621, note. P. Raynaud, CA Paris, 05 mars 1968, *JCP G*, II, p. 15639).

⁶ Art. 377 al. 4 C. civ.

⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 18 novembre 2015, n° 14-21.286 : *Juris-Data* n° 2015-025770 ; *AJ. fam.* 2016, p. 49, obs. M. Illy ; *RTD. civ.* 2016, p. 93, obs. J. Hauser.

solliciter à titre reconventionnel l'exercice exclusif de l'autorité parentale sur son enfant¹. L'article 373-2-1 du Code civil offre la possibilité au juge de confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des parents, si l'intérêt de l'enfant le commande. Un parent-mineur qui souhaiterait déléguer ses droits à l'un des grands-parents s'expose non seulement au risque d'un refus du parent non-délégrant, mais également à ce que l'exercice de l'autorité parentale lui soit confié à titre exclusif, même si le juge n'a aucune obligation de l'accorder. La délégation volontaire implique non seulement une adhésion des deux parents à la délégation, mais également une bonne entente entre le délégataire désigné et le parent non-délégrant. Dans le cas contraire, leur mésentente peut provoquer des tensions familiales, au risque de créer un conflit dont l'enfant serait l'enjeu au détriment de sa protection. Ces perspectives peuvent être de nature à dissuader le parent d'agir. La délégation sollicitée dans le cas d'un exercice unilatéral présente moins de difficulté. D'une part, seul le parent exerçant l'autorité a qualité pour saisir le juge de cette demande, et ce, bien que l'autre parent conserve un droit de regard afin d'assurer une surveillance sur les choix, actes et actions concernant son enfant². Il peut dans cette condition faire connaître son refus de la délégation lors de l'instance. À la différence de l'exercice en commun, le juge pourra dans cette situation passer outre ce refus dans l'intérêt de l'enfant. La reconnaissance de l'enfant par un seul de ses parents, comme cela est généralement le cas des plus jeunes³, permet de faciliter cette démarche, car la volonté du parent délégant ne risque pas d'être contestée par l'autre parent. Ces démarches peuvent se heurter au caractère restrictif de la délégation qui suppose qu'elle soit nécessaire à la protection des intérêts de l'enfant⁴.

640. Le caractère éminemment personnel de l'autorité parentale conduit à ce que la désignation du tiers délégant résulte d'un choix des seuls parents. Si l'article 377 du Code civil demande à ce que le tiers soit choisi parmi les membres de la famille, les proches dignes de confiance, les établissements agréés pour le recueil des enfants ou le service départemental de l'Aide Sociale à l'Enfance, « les parents ne peuvent déléguer leur autorité, sous le contrôle du juge, qu'à une personne qu'ils connaissent et en laquelle ils ont confiance »⁵. C'est cette confiance nécessaire entre le tiers et le parent qui explique le caractère personnel de cette désignation, car elle ne peut émaner d'une autre personne que le parent-délégrant. Pour cette raison, le choix du délégataire se reporte ici essentiellement sur les personnes physiques, à savoir un « membre de la famille » ou à « un proche digne de confiance »⁶. Si ces deux catégories relevaient avant loi de 2002⁷ des « particuliers dignes de confiance », la loi procède aujourd'hui à une distinction. Les membres de la famille regroupent toutes les personnes qui disposent

¹ C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 13.

² Art. 373-2-1 al. 3 C. civ.

³ V. P. Germé et L. Richet-Mastain, « Reconnaître son enfant : une démarche de plus en plus fréquente et de plus en plus précoce », *INSEE première*, octobre 2006, n° 1105.

⁴ V. *infra* nos 644 s.

⁵ C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 18.

⁶ *Ibid.*, n° 17 ; avant la loi du 4 mars 2002 ces deux catégories de tiers étaient désignées sous une même appellation : celle des « particuliers dignes de confiance ».

⁷ Loi 4 mars 2002, n° 2002-303, *op. cit.*

d'un lien de filiation avec l'enfant : les frères, les sœurs, les oncles, les tantes, les grands-parents¹. Dans le cas où le parent-mineur souhaiterait désigner un délégataire en dehors du cercle familial, la loi ne l'autorise qu'à choisir parmi ses « proches ». Contrairement à son sens commun, le proche désigne les personnes en dehors du cercle familial. Le terme de « proche » signifie qu'il ne peut s'agir d'un parfait inconnu en raison de la proximité relationnelle que ce mot implique. Le proche doit entretenir des relations soit avec l'enfant, soit avec son parent-mineur ou un autre membre de sa famille. Le critère de confiance s'explique par les effets de la délégation qui permet de légitimer l'implication du tiers dans l'éducation de l'enfant et sa protection à l'instar du parent. Il est donc souhaitable que le parent ait toute confiance dans le jugement du tiers et dans son aptitude à protéger l'enfant et ses intérêts. Pour qu'il y ait confiance, il doit exister une certaine proximité entre les personnes. Le parent-mineur peut, s'il le souhaite, désigner une personne autre que les grands-parents de son enfant notamment lorsqu'ils n'ont pas été à la hauteur de leur rôle en tant que parent, car « aucune disposition légale n'impose au juge de choisir [le délégataire] en priorité parmi les membres de la famille »².

641. En pratique, ce choix n'est pas restreint par l'unicité de délégataire imposée par la loi³. La raison de cette unicité prévue par la loi se trouve dans l'organisation de son fonctionnement qui n'a été envisagée que dans le cadre d'un couple parental. Faute de texte permettant de départager les délégataires en cas de conflit dans l'exercice de l'autorité, tout conflit conduit à un *statu quo* et donc à la paralysie de la protection de l'enfant⁴. Le parent-mineur ne peut donc théoriquement désigner qu'un seul des grands-parents au domicile duquel vit son enfant et obtenir, le cas échéant l'accord de l'autre parent. La liberté de choix des parents trouve sa limite dans le contrôle exercé par le juge aux affaires familiales. Bien qu'il ne puisse pas se substituer à leur choix en imposant un autre délégataire⁵, le juge peut refuser de prononcer la délégation, notamment lorsqu'il relève que la personne choisie n'est pas apte à exercer l'autorité parentale. Face à ce refus, les parents n'ont d'autre possibilité que de prendre des dispositions différentes, en désignant un autre délégataire ou en renonçant à toute délégation.

¹ Pour une délégation accordée à la grand-mère : CA Toulouse, 1^{ère} ch., 2^e sect., 18 décembre 2007, *Juris-Data* n° 2007-353549 ; v. aussi : M. Dolez, rapport sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale, n° 3117, *Assemblée nationale*, 7 juin 2001, spéc. p. 47 : « La liste des personnes ou services susceptibles de recevoir cette délégation est légèrement modifiée : le particulier digne de confiance est remplacé par un tiers, membre de la famille ou proche digne de confiance. Cette nouvelle rédaction semble, en effet, mieux adaptée à l'objectif poursuivi, qui est, rappelons-le, de permettre aux grands-parents ou aux beaux-parents d'exercer une partie des droits liés à l'autorité parentale. »

² Cass., civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n° 07-11273, *Bull* 2008, I, n° 106.

³ La pratique judiciaire révèle l'existence d'un courant de jurisprudence *contra legem* qui acceptent qu'une délégation soit réalisée au profit d'un couple de tiers, ex : CA Lyon, 1^{er} mars 1994, *Juris-Data* n° 1994-049670 ; CA Lyon, 16 novembre 2004, n° 03/05867, *Juris-Data* n° 2004-267411 ; CA Angers, 11 avril 2013, *op. cit.*

⁴ V. ex. : CA Lyon, 16 novembre 2004, n° 03/05867, *Juris-Data* n° 2004-267411 ; CA Versailles, 7 novembre 2013, n° 12/07135, *Juris-Data* n° 2013-025569.

⁵ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 828, pp. 520 s. ; C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 19 : « en décidant d'attribuer l'exercice de l'autorité parentale à un délégataire différent qu'il imposerait, le juge aux affaires familiales statuerait *ultra petita*. ».

Le juge doit veiller à ce que la délégation volontaire préserve la protection de l'enfant ainsi que le droit d'être élevé par ses parents¹, ce qui implique qu'elle soit nécessaire et conforme à ses intérêts.

2. *Le caractère nécessaire de la délégation volontaire*

642. Bien que l'initiative de la procédure appartienne aux parents, la décision est comme en matière d'émancipation, exclusivement judiciaire. L'autorité parentale est d'ordre public² et pour cette raison, elle en devient indisponible. La délégation, y compris lorsqu'elle prend la forme d'un partage, est envisagée comme une exception à ce principe³. Les parents ne peuvent en avoir la libre disposition. L'article 377 du Code civil demande à ce que la délégation soit limitée aux situations où « les circonstances l'exigent ». Cette formule introduit l'idée d'une nécessité de la délégation pour préserver le principe de l'exercice personnel de l'autorité parentale dont seule la continuité de la protection de l'enfant permet de passer outre⁴. La charge de la preuve de cette exigence repose sur les parents délégants. Son appréciation revêt un caractère factuel laissé à la libre appréciation du juge qui doit établir si les circonstances invoquées par les parents imposent de recourir à une délégation. L'objectif est d'éviter que le parent puisse se décharger trop facilement des obligations légales mises à sa charge ou qu'il en soit dépossédé sous la pression du tiers candidat à la délégation. Ces problématiques peuvent aisément s'imaginer à l'égard de parents-mineurs confrontés à des grands-parents qui exercent sur eux une autorité légale et assument déjà dans les faits tout ou partie de la charge de leur petit-enfant. Il revient au juge de faire la balance entre les avantages présentés par la délégation pour la protection de l'enfant et son droit d'être élevé par ses parents, la délégation *stricto sensu* même volontaire n'est pas destinée à faciliter l'organisation familiale. Il a été considéré qu'un simple conflit existant entre les parents ne suffit pas pour légitimer la délégation de l'autorité parentale à l'oncle des enfants⁵. La délégation doit permettre une amélioration de la protection de l'enfant et non favoriser l'intervention d'un tiers lorsque les parents sont capables d'exercer personnellement leurs droits, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} juillet 2009⁶. En l'espèce, la Cour a approuvé le raisonnement de la Cour d'appel de Paris qui a refusé la délégation demandée par les parents qui, en dépit de leur éloignement, continuaient d'exercer leur autorité parentale. Bien que les juges renvoient à l'intérêt de l'enfant pour apprécier celui de la délégation⁷, il est possible d'observer que même dans le cadre d'une délégation volontaire, sa nécessité n'est démontrée qu'en cas de désintérêt manifeste ou d'impossibilité pour le parent de protéger son enfant⁸. Sur ce point, la délégation volontaire *stricto sensu* rejoint la

¹ Art. 7 al. 1 CIDE.

² Art. 376 C. civ.

³ V. *infra* n° 672.

⁴ V. art. 20 CIDE.

⁵ V. TGI Versailles, JAF, 6 avril 2004, *Juris-Data* n° 2004-247619, *Dr. fam.* 2004, comm. p. 199, P. Murat, *AJ. fam.* 2004, p. 361 ; TGI Versailles, JAF, 6 avril 2004, *Juris-Data* n° 2004-270301.

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2009, n° 08-12.146, *inédit*.

⁷ C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 18.

⁸ V. aussi la notion de tiers de confiance en protection de l'enfance, v. *supra* n° 435, note n° 9.

délégation imposée à la demande d'un tiers. La délégation n'est nécessaire dans l'intérêt de l'enfant que dans les cas où sa protection est laissée vacante par ses parents. C'est cette vacance qui légitime l'intervention du tiers pour rétablir la protection de l'enfant, car elle est d'ordre public et se substitue au parent de l'enfant. Lorsqu'il exerce personnellement son autorité, l'atteinte portée par la délégation au caractère indisponible de l'autorité et à sa nature éminemment personnelle ainsi qu'au droit de l'enfant d'être élevé par ses parents est manifestement injustifiée. Tant que le parent-mineur entretient des relations régulières avec son enfant, qu'il veille à sa protection en décidant pour lui et en le représentant dans les actes de sa vie civile, il n'y a pas lieu d'accorder une éventuelle délégation au profit d'un tiers, y compris lorsqu'il s'agit du grand-parent chez qui ils résident. Le parent-mineur qui poursuit sa scolarité ou exerce une activité professionnelle est placé dans une situation similaire à celle des autres parents qui en dépit de leurs activités parviennent à exercer pleinement leur autorité parentale.

643. Cette interprétation restrictive de la nécessité pour la délégation *stricto sensu* s'explique à lumière de ses effets. La délégation volontaire *stricto sensu* conduit à substituer le parent de l'enfant au profit d'un tiers. Cette délégation revêt par nature un caractère exceptionnel et ne peut être utilisée dans un but d'organisation familiale compte tenu de l'atteinte portée au caractère personnel de l'autorité parentale et au droit de l'enfant dont l'intérêt est avant tout d'être élevé par ses parents. La loi du 4 mars 2002 a instauré une modalité plus souple à l'article 377-1 du Code civil qui offre la possibilité pour le parent de déléguer sans être dépossédé de l'exercice de son autorité parentale¹ en procédant à un partage avec le tiers délégataire. En l'absence de dépossession « la condition exprimée dans l'article 377 du Code civil, selon laquelle la délégation doit être nécessaire pour l'enfant, est remplacée par la seule volonté concordante [du parent et du tiers], présentée et assimilée à l'intérêt de l'enfant. »² La délégation-partage a été utilisée comme un mode d'organisation familiale « pour les besoins d'éducation de l'enfant »³ et non plus exclusivement pour sa protection. La Cour d'appel d'Angers a pu distinguer, dans une décision du 11 juin 2004, les fondements de la « délégation-partage » de l'article 377-1 du Code civil de ceux de la délégation « classique » de l'article 377 de ce même Code. Un courant majoritaire de la doctrine a estimé que le critère de l'incapacité temporaire à exercer l'autorité parentale ne jouait plus ici, seule la volonté de partager ce droit avec un tiers était véritablement déterminante⁴, le raisonnement de la Cour d'appel a été approuvé par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 février 2006⁵. La Cour a estimé qu'il était de l'intérêt des enfants de déléguer partiellement à la compagne de la mère l'exercice de

¹ CA de Nîmes, chambre civile 2, section C, 15 juin 2005, *Juris-Data* n° 2005-282297.

² C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 29.

³ Art. 377-1 al. 2 C. civ. Cette délégation a été utilisée essentiellement par les couples de femmes avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* 18 mai 2013, p. 8253 ; v. Cass., civ. 1^{ère}, 24 févr. 2006, n° 04-17.090, *Juris-Data* n° 2006-032294 ; *Dr. fam.* 2006, comm. p. 89, obs. P. Murat ; *D.* 2006, p. 897, obs. D. Vigneau, et, 876, point de vue H. Fulchiron, 1139, obs. F. Granet-Lambrechts et 1414, obs. J.-J. Lemouland ; *Deffrénois* 2006, art. 38415, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. Hauser ; *RDSS.* 2006, p. 578, obs. C. Neirinck ; compte tenu de l'échec de l'adoption : v. TGI Paris, 2 juillet 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 361 obs. F. Chénéde ; CA Montpellier, 10 févr. 2004, *Dr. fam.* 2004.221, obs. P. Murat.

⁴ J. Léonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale, droit des tiers*, 7 octobre 2009, La doc. fr., p. 68 ; A. Mirkovic, « Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers »-A propos du rapport Léonetti », *JCP G.*, 2009, p. 345.

⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17090, *op. cit.*

l'autorité parentale et de le partager entre elles. Le raisonnement repose essentiellement sur le fait que la mère est astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, ce qui l'expose à un événement accidentel pouvant la placer, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, ce qui empêcherait sa compagne (toujours selon le raisonnement de la Cour) « de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux des enfants ». Certains auteurs se sont montrés plus prudents en estimant que les juges conditionnaient la délégation à ce que le parent démontre que le tiers « exerce un rôle réel et positif auprès des enfants et que le cadre juridique de la délégation parentale est nécessaire pour lui permettre de le poursuivre, notamment en cas d'impossibilité pour le parent de l'enfant d'assumer son rôle »¹, alignant ainsi le partage de l'autorité parentale sur le régime de délégation de droit commun². En dépit du fait qu'il s'agissait en l'espèce d'un couple de femme, la solution dégagée pouvait être étendue à tous les cas de « délégation-partage »³.

644. Suite au rapport rendu par le Défenseur des enfants appelant à une plus grande souplesse dans la délégation de l'autorité parentale⁴, le Président de la République de l'époque a demandé dans une lettre du 1^{er} août 2007 adressée au ministre du Travail des relations sociales et de la Solidarité d'engager une réflexion sur la création d'un statut du beau-parent. L'objectif était de permettre aux adultes qui vivent avec des enfants dont ils ne sont pas les parents biologiques de pouvoir procéder pour eux aux démarches habituelles de la vie quotidienne. Cela a abouti à un avant-projet de loi intitulé « Autorité parentale et droit des tiers »⁵. Cet avant-projet proposait de distinguer clairement la procédure de délégation de celle du partage d'autorité parentale qui ne serait plus une simple modalité de la délégation. Il était envisagé qu'il se fasse par le biais d'une convention entre le parent et le tiers sans qu'il soit nécessaire qu'elle intervienne « pour les besoins d'éducation de l'enfant »⁶.

645. La « délégation-partage » n'est pas une délégation autonome, mais une modalité de délégation qui ne peut être accordée qu'en cas de nécessité, justifiée par des circonstances exceptionnelles de nature à remettre en question l'exercice de l'autorité parentale par le parent et la continuité de protection de son enfant. Vu la souplesse dont pouvaient faire preuve les juges du fond, la Cour de cassation a réaffirmé ce principe⁷, dans un arrêt du 8 juillet 2010⁸. En l'espèce, un couple a sollicité une délégation croisée d'autorité parentale sur leurs enfants respectifs devant le juge aux affaires familiales qui a fait

¹ A. Gouttenoire, « Autorité parentale, exercice », in *Dr. fam., op. cit.*, n° 234. 233.

² P. Murat, obs. ss. Cass., civ. 1^{ère}, 24 févr. 2006, n° 04-17.090, *op. cit.*

³ V. M. Rebourg, « La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune », *op. cit.*

⁴ Défenseur des enfants, rapport annuel 2006, rapports publics, *La doc. fr.*, spéc. proposition n° 6.

⁵ V. A. Mirkovic, « Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers », *AJ. fam.*, 2008, p. 428 ; D. Versini, « Autorité parentale et droits des tiers », *D.* 2009, p. 1072 ; Avant-projet qui a donné lieu à une étude comparative du Sénat sur les législations européennes et le statut des beaux-parents : v. Le statut du beau-parent, *Les documents de travail du Sénat*, série les législations comparées, n° LC 196, avril 2009.

⁶ V. *infra* nos 668 s.

⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n° 04-15.676, *Bull.* 2007, I, n° 70 ; Cass., civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n° 07-11.273, *Bull.* 2008, I, n° 106 : « la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient ».

⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-12623, *Bull.* 2010, I, n° 158, *Juris-Data* n° 2010-011139 ; *D.* 2010, p. 1786 ; *AJ. fam.* 2010, p. 394, obs. F. Chénéde ; *RTD. cin.* 2010, p. 547, obs. J. Hauser ; *JCP* 2010, p. 994, note A. Gouttenoire.

droit à cette demande¹. Le procureur de la République a interjeté appel de cette décision qui sera infirmée² au motif que la délégation demandée n'était pas indispensable et ne répondait pas à l'intérêt de l'enfant ; les parents forment un pourvoi en cassation. La Cour approuve le raisonnement de la Cour d'appel et estime que la délégation doit en toutes circonstances être rendue nécessaire par une circonstance particulière qui accroît considérablement le risque d'une défaillance parentale dans l'exercice de sa protection. Dans l'arrêt du 24 février 2006³, la nature des trajets effectués quotidiennement par le parent délégant aggravait considérablement le risque d'accident et le risque de rupture dans l'exercice de son autorité parentale, justifiant de ce fait le recours à la délégation. À partir de cette décision les juges du fond ont été plus disposés à accorder la délégation-partage sollicitée⁴. Dans l'arrêt plus récent intervenu en 2010, la Cour a souligné que les déplacements professionnels invoqués par le parent et le prétendant à la délégation n'étaient ici « qu'exceptionnels, que le risque d'accident n'était qu'hypothétique et semblable à celui auquel se trouvait confronté tout parent qui exerçait seul l'autorité parentale »⁵. « Le fait d'exercer seule l'autorité parentale et de souhaiter, légitimement, permettre à un tiers de confiance, qui s'occupe de l'enfant au quotidien pour effectuer certains actes découlant de l'exercice de l'autorité parentale n'est pas suffisant [...], [sauf à démontrer] une impossibilité au moins ponctuelle ou à un risque d'impossibilité pour le parent d'exercer l'autorité parentale »⁶. En l'espèce, le parent ne justifiait pas de circonstance exceptionnelle, car il était placé dans une situation similaire à n'importe quel autre parent. Bien que cette solution concerne un tiers digne de confiance, elle est transposable aux membres de la famille. Contrairement à l'esprit dans lequel la délégation-partage avait été conçue⁷, celle-ci ne permet au parent d'offrir une base juridique à la prise en charge factuelle de l'enfant par un tiers qu'en raison d'une nécessité pour assumer la protection de l'enfant et non pour faciliter l'organisation familiale. On peut se demander s'il ne s'agit pas ici d'un signal lancé vers le législateur afin qu'il détache le partage de l'autorité-parentale du mécanisme de la

¹ TGI Lille, JAF, 11 décembre 2007, n° 06-05918, *Juris-Data* n° 2007-362403 ; *AJF* 2008, p. 119 ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2008, p. 41.

² CA Douai, 11 décembre 2008.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17090, *op. cit.*

⁴ V. ex. : CA Lyon, 24 janvier 2006, *Juris-Data* n° 2006-297381 ; TGI Lille, 18 décembre 2007, *Juris-Data* n° 2007-35527 ; TGI Lille, 11 décembre 2007, *AJ Fam.* 2008, p. 119, TGI Annecy, 1er juillet 2010, *AJ Fam.* 2010, p. 433, obs. J. Hauser ; TGI Paris, 21 sept. 2012, n° 11/44249, *AJ Fam.* 2012, p. 550, obs. C. Siffrein-Blanc ; TGI Paris, 22 févr. 2013, *AJ Fam.* 2013, p. 232, obs. I. Gallmeister ; CA Limoges, 25 mars 2013, n° 12-00073 ; CA Paris, 30 janvier 2014, n° 13-22198 ; CA Paris, 11 juin 2015 *Juris-Data* n° 2015-014246 ; v. à ce sujet : C. Méary, « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ fam.* 2011, p. 604.

⁵ Par ailleurs les juges relèvent que la famille fonctionne parfaitement dans les faits, car : « les requérantes admettaient elles-mêmes qu'elles ne s'étaient pas heurtées à des difficultés particulières pour pouvoir jouer auprès des tiers ou de leur entourage familial le rôle de parents qu'elles entendaient se reconnaître mutuellement ». Ce qui laisse entendre que la délégation n'a pas pour objet de légitimer une situation de fait, mais de surmonter les obstacles rencontrés par le tiers dans la prise en charge de l'enfant. La solution est fortement contestable, car « c'est oublier un peu vite que le droit est justement destiné à anticiper les difficultés, la reconnaissance juridique du rôle joué auprès des enfants par "leur deuxième mère" ne devant pas uniquement reposer sur le bon vouloir ou l'ouverture d'esprit de leur entourage. » : A. Gouttenoire, « Autorité parentale, coup d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale », *JCP G*, 11 octobre 2011, p. 94, note sous l'arrêt Cass., civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010.

⁶ *Ibid.*

⁷ L. Bêteille, rapport n° 71, sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale relative à l'autorité parentale, *Sénat*, 14 novembre 2001, spé. p. 19 : « Votre commission estime cependant que le partage de l'autorité parentale à travers une délégation pourra répondre utilement à certaines situations de fait. ».

délégation qui indépendamment de ses modalités requiert l'existence de circonstances exceptionnelles, ou de rappeler le principe selon lequel la parentalité ne fait pas le parent¹.

646. Transposée à la question des parents-mineurs, sauf désintérêt avéré de leur part, l'obtention d'une délégation au profit du grand-parent n'est pas juridiquement envisageable, car la minorité du parent n'entraîne aucune incidence sur l'exercice de son autorité parentale, et donc aucun vide dans la protection de l'enfant. La délégation de leur autorité au grand-parent chez lequel ils résident n'est pas indispensable. Tant que le parent-mineur assure la protection de son enfant, il l'assume seul devant la loi². La parentalité du tiers ne sert en l'état actuel du droit positif qu'à compenser les vides laissés par les parents dans la protection de leur enfant comme en matière d'assistance éducative. Les juges du fond ont opposé une certaine résistance, car nombre d'entre eux acceptent de procéder à la délégation de l'autorité parentale, lorsqu'il existe une véritable prise en charge de l'enfant par le tiers et qu'elle apparaît conforme à ses intérêts³. Une délégation-partage a été acceptée, car les juges du fond ont en effet estimé qu'il allait de l'intérêt de l'enfant, que sa situation juridique soit en adéquation avec sa situation juridique et matérielle, « bien que les requérantes ne justifient pas d'un empêchement particulier de la mère dans l'exercice de ses fonctions parentales »⁴. Cette solution invite à s'interroger sur l'opportunité d'une évolution pour que la délégation-partage puisse être appréhendée de manière autonome et non plus par le prisme de la délégation classique⁵.

§ 2 : Les effets de la délégation de l'autorité parentale

647. Depuis la loi du 4 mars 2002⁶, la délégation peut soit conduire à suppléer le parent dans l'exercice de son autorité par un tiers en opérant un transfert de l'exercice de son autorité parentale (A), soit avec l'accord du parent-mineur se limiter à un partage sans dépossession qui permet la mise en place d'une coopération entre le parent délégant et le tiers délégataire (B).

¹ V. A. Gouttenoire note ss. Cass., civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-12623, *op. cit.* ; l'auteur concluait en appelant de ses vœux une intervention législative rapide pour ne pas laisser les enfants concernés soumis aux aléas, même hypothétiques de la vie ; v. également du même auteur : « L'intérêt de l'enfant ou l'intérêt des tiers », in *Lexbase N0923BM7*.

² Il est proposé en 2014 la création d'un « mandat d'éducation quotidienne » pouvant être réalisé par acte notarié ou sous seing privé visant à permettre au tiers d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale. Ce mandat ne concernerait que les familles recomposées et serait donc exclusivement à destination des « beaux-parents » qui partagent une vie commune avec son « bel-enfant ». v. I. Théry (dir.), *Filiation, origine, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère de la famille, *La doc. fr.*, av. 2014, pp. 294 s., proposition qui ne s'est pas encore concrétisée à ce jour.

³ TGI Bayonne, 26 octobre 2011, n° RG 11/00950 ; CA Agen, 1^{ère} ch., 2 févr. 2012, n° RG 11/00530 ; CA Paris, 1^{re} décembre 2011, n° RG 11/06495, *AJ. fam.*, 2012, p. 146 ; TGI Paris, 22 févr. 2013, n° RG 12/35092, *AJ. fam.*, 2013, p. 232, obs. I. Gallmeister.

⁴ TGI Paris, 22 février 2013, *AJ. fam.*, 2012, p. 550, obs. C. Siffrein-Blanc.

⁵ V. I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, *op. cit.*

⁶ Loi 4 mars 2002, n° 2002-305, relative à l'autorité parentale, *op. cit.*

A- La substitution du tiers au parent par la délégation supplétive

648. La délégation *stricto sensu* permet au juge de procéder au transfert de l'exercice de l'autorité parentale du parent-mineur au tiers. Ce transfert se limite à l'exercice de l'autorité parentale et n'emporte aucune conséquence sur le lien de filiation de l'enfant (1). Le parent-délégant demeure tenu des droits résultant de ce lien. L'imprécision de l'étendue exacte de la délégation peut devenir source de complexité autant pour le tiers délégataire que pour le parent-mineur délégant ainsi que pour son enfant (2).

1. Une délégation limitée à l'exercice de l'autorité parentale

649. La délégation d'autorité parentale se limite à un mécanisme de transfert de la fonction parentale, via celui de l'exercice de l'autorité du parent vers un tiers délégataire. Le mécanisme de la délégation n'affecte pas la qualité de parent¹ qui découle du lien de filiation direct qui unit l'enfant à ses père et mère. Ce principe se déduit de l'article 377-3 du Code civil qui dispose que « le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué ». L'adoption permet, lorsqu'elle est prononcée de modifier la filiation juridique de l'enfant au bénéfice de sa famille d'adoption. Le tiers simple délégataire de l'exercice de l'autorité parentale ne peut prétendre à un statut juridique similaire aux parents de l'enfant. La délégation ne permet pas à elle seule l'adoption de l'enfant par le délégataire en l'absence d'une déclaration judiciaire de délaissement parental. En exerçant l'autorité parentale, le délégataire se substitue au parent dans sa fonction, ce qui l'amène à prendre en charge l'enfant lorsque la délégation fait suite au recueil de l'enfant². L'exercice de l'autorité parentale implique pour celui qui l'exerce de prendre toutes les décisions requises pour la préservation de l'intérêt du mineur, que ce soit en matière de santé ou d'éducation, l'objectif étant de préparer au mieux son avenir³, ce qui engendre des frais. Ces dépenses résultant de l'entretien de l'enfant doivent-elles incomber au délégataire à l'origine des décisions qui les ont générées ou au parent qui subit les choix qu'une autre personne a faits pour son enfant ? De cette réponse dépend l'identité de la personne débitrice de l'obligation d'entretien durant l'exercice de la délégation.

650. En principe, ces frais exposés relèvent par nature de l'obligation légale d'entretien résultant du statut de parent, ce qui en fait une obligation née de la filiation⁴. La charge de l'enfant est indépendante de l'exercice de l'autorité parentale, et la délégation ne modifie en rien l'identité du débiteur, tout comme le retrait, la perte de l'autorité ou la majorité ne libèrent pas automatiquement le parent de l'entretien

¹ V. C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 107

² V. sur le recueil de l'enfant dans le cadre de la délégation imposée : *supra* nos 630 s.

³ Art. 213 C. civ. transposables aux couples non mariés, car la loi ne distingue plus entre enfant naturel et légitimes depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JO 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19.

⁴ V. *supra* n° 148.

mis à sa charge¹. Les événements qui affectent l'autorité parentale n'influencent pas directement l'obligation d'entretien qui repose sur un lien de filiation, seule la remise en cause de ce lien bouleverse l'autorité parentale et l'obligation d'entretien². En dépit de la convergence de leurs objectifs elles demeurent distinctes l'une de l'autre, le parent-mineur sera tenu de financer l'entretien et l'éducation de son enfant en dépit de la délégation opérée sur son droit d'autorité parentale. Le délégataire peut demander une contribution pour l'entretien de l'enfant dont il assume la charge³, en vertu du principe de non-cumul des prestations sociales de même nature, à condition seulement que le parent-mineur ait lui-même renoncé à son statut d'enfant à charge⁴.

651. La contribution du parent à l'entretien n'est due par principe qu'en proportion de ses ressources et des besoins de son enfant⁵. Le parent ne peut être tenu responsable des dépenses décidées par le délégataire au-delà de ce qu'il peut lui-même assumer. Si cette disposition permet d'éviter toute dépense inconsidérée du délégataire qui sera contraint de les assumer seul, cette proportionnalité expose l'enfant à un aléa⁶, repris à l'article 377-2 alinéa 2 du Code civil. Ce texte octroie au juge la possibilité de dispenser le parent de son obligation, le temps de la délégation en raison de son « indigence », autrement dit de ses faibles ressources personnelles, en dépit de l'état de besoin présumé de l'enfant. Il revient au parent de prouver qu'il n'est pas capable de s'acquitter de son obligation, l'empêchement devant être absolu et pas seulement partiel. L'état de minorité du parent peut faciliter la preuve de son impécuniosité, notamment s'il continue de bénéficier de l'entretien de son parent. Le délégataire qui assume la charge effective et permanente de l'enfant pourra demander à bénéficier de l'allocation de soutien familial perçue par le parent-mineur⁷. « Il faut cependant prendre garde à toute systématisation de la dispense de l'obligation d'entretien, car cette mesure qui peut parfois apparaître comme un moyen de soulagement des difficultés parentales risque d'obérer gravement l'avenir de la relation parent/enfant sur le plan juridique »⁸. Il peut être utile de permettre au parent-mineur de se familiariser avec la gestion budgétaire durant une période où il bénéficie d'une protection personnelle qui lui permet de limiter les effets désastreux d'une mauvaise gestion, d'autant qu'il sera tôt ou tard amené à assumer seul la charge de son foyer.

¹ M. Rebourg, « Les obligations alimentaires », in *Dr. fam., op. cit.*, n° 311. 43 ; L. Leveneur, F. Fatôme-Leveneur « Aliment. Obligation d'entretien », in *J.-Cl. civ. Code*, Art. 203 et 204, fasc. unique, mai 2013, n° 12 ; Cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, n° 70-14534, *Bull. civ.* I, n° 135 ; *JCP* 1972, II, p. 17234 : « L'article 203 ne lie pas ces obligations à l'autorité parentale ».

² B. Py, « La délégation d'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », *RDSS* 1996, p. 229, n° 9.

³ CA Nancy, 20 sept. 1991, *Juris-Data* n° 1991-052426 ; CA Nancy, 3 avril 1992, *Juris-Data* n° 1992-051434 ; CA Douai, 7^{ème} ch., 2^{ème} sect., 19 novembre 2009, *Juris-Data* n° 2009-023755 ; CA Agen, 1^{ère} ch. Matrimoniale, 11 avril 2013, *Juris-Data* n° 2013-008776 ; CA Aix-en-Provence, 28 avril 2015, *Juris-Data* n° 2015-012882.

⁴ Art. L. 512-1 CSS.

⁵ Art. 372-2 C. civ.

⁶ C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1994 n° 153, p. 141 : « L'obligation d'entretien est en effet variable et ne protège pas vraiment l'enfant contre l'état de fortune de ses parents, leur avarice ou leur situation sentimentale ».

⁷ Art. L. 523-1 et L. 523-2 al. 1 CSS.

⁸ B. Py, « La délégation d'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », *op. cit.*, n° 31.

652. Il convient de maintenir ce lien même ténu, et de considérer l'intervention des grands-parents comme subsidiaire à celle du parent-mineur, l'entretien de l'enfant correspond également à l'exécution de leur obligation strictement alimentaire qui résulte également de la filiation établie par le mineur sur son enfant¹. Tout comme la délégation elle-même, la substitution du parent dans la prise en charge de l'enfant reste temporaire et repose sur un principe de subsidiarité. Une fois l'enfant restitué à ses parents-mineurs se pose la question du remboursement de tout ou partie des frais d'entretien exposés durant la délégation prévue par l'article 377-2 alinéa 2 du Code civil. Même dans le cas d'une dispense de contribution accordée par le juge au moment de la délégation, le retour à meilleure fortune du parent-mineur pourra-t-il être contraint au remboursement de tout ou partie des dépenses réalisées par le délégataire pour l'entretien de l'enfant durant l'exercice de sa délégation, quand bien même il s'agirait des grands-parents ? La jurisprudence n'ayant pas évoqué cette question, soit il convient d'envisager les grands-parents comme de simples délégataires et leur accorder le remboursement des frais exposés durant la délégation par le parent-mineur, soit il convient de considérer que les frais de la délégation ont été assumés en vertu de la solidarité familiale et que dans ce cas les aliments ne s'arrangent pas², ce qui évite que le parent-mineur soit redevable à l'égard de ses parents pour la prise en charge temporaire de son enfant.

653. Dans le cas où le parent-mineur parvient à trouver un emploi, une partie de son salaire pourra être consacré à l'entretien de son enfant. Ces revenus relèvent de l'administration légale de ses parents³, bien qu'ils soient explicitement exclus de la jouissance légale. Lorsque la délégation a été réalisée par le parent-mineur au profit de son parent, il pourra directement imputer les dépenses d'entretien de l'enfant sur les salaires de son parent sans que cela nécessite une nouvelle intervention du juge et sous réserve que ces sommes ne soient pas totalement affectées à l'entretien du parent-mineur. Cette imputation résulte du caractère subsidiaire de l'obligation alimentaire à la charge des grands-parents et du maintien de l'obligation d'entretien du parent-mineur en dépit de la délégation réalisée au bénéfice de ses parents⁴. La charge de l'enfant s'imputera donc sur ses revenus professionnels gérés par ses parents. Bien que la délégation préserve le statut parental du mineur, la législation sur la délégation n'offre que peu de précision concernant ses effets et son étendue exacte demeure une source de difficulté lorsqu'il s'agit de l'articuler avec les droits éventuellement conservés par le parent-mineur.

¹ V. *supra* n°155.

² Sur la notion : P. Courbe, A. Gouttenoire, *Droit de la famille*, 7^{ème} éd., Sirey Université, 2017, nos 292 et 1423 ; il convient de rappeler que la maxime les aliments ne s'arrangent pas n'est pas applicable à l'obligation d'entretien (v. ex : J. Hauser « Le temps de la filiation : des filiations rétroactives, avantages et inconvénients pour les uns et les autres », *RTD. civ.* 2009, p. 307, 1^{ère} espèce).

³ V. Y. Favier « La nécessaire protection des revenus du travail de l'enfant », *AJ. fam.*, 2006, p. 147 ; P.-Y. Verkindt, « La pré majorité et le droit du travail », in *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant*, 1993, *La doc. fr.*, n° 112 ; F. Dekeuwer-Defossez, *Les droits de l'enfant*, éd. PUF, coll. Que sais-je, 2018, p. 30.

⁴ Sur le caractère subsidiaire de l'obligation alimentaire des grands-parents : CA Versailles, 29 sept. 1989, n° RG [XVE290989X], *D.* 1992, p. 67, note T. Garé ; Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 1990, no 87-14293, 2^e esp., *JCP* 1991, II, p. 21664 ; Cass., civ. 1^{ère}, 28 mai 2014, n° 12-29.803, *AJ. fam.* 2014, p. 426 ; *RTD. civ.* 2014, p. 875, note J. Hauser.

2. L'étendue de la délégation « supplétive » source de difficulté

654. La loi prévoit que la délégation « supplétive »¹ de droit commun peut être totale ou seulement partielle². En raison du caractère nécessaire inhérent à toute délégation, son étendue ne peut donc excéder les difficultés rencontrées par le parent dans l'exercice de sa fonction. Le transfert opéré doit en principe se limiter au strict nécessaire pour restaurer l'effectivité de la protection due à l'enfant et veiller à sa continuité. La délégation permet de combler les vides laissés par le parent en lui substituant un tiers. Il reviendra au juge en cas de délégation forcée ou aux parents et au tiers en cas de délégation volontaire (sous le contrôle du juge) d'en déterminer la portée exacte, en précisant les domaines où le tiers sera amené à exercer l'autorité parentale. Tous les domaines de la vie de l'enfant dans lesquels l'autorité parentale permet au parent d'intervenir sont susceptibles de faire l'objet d'une délégation. En l'absence de précision dans le jugement, la délégation est présumée totale³. Elle comprend l'« ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant [...], pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »⁴ à l'exception du droit de consentir à son adoption⁵. Aucune réserve n'est émise à l'égard du consentement au mariage du mineur⁶ ou à son émancipation judiciaire⁷, ces prérogatives, bien que liées à l'exercice de l'autorité parentale, demeurent « sous la dépendance de la filiation »⁸. De plus, la délégation par principe temporaire, laisse la possibilité pour le délégataire de consentir à l'émancipation légale ou judiciaire de l'enfant, ce qui lui permet de priver définitivement le parent de ses droits. Toutefois, cette prérogative excède manifestement l'objectif de la délégation qui est d'assurer la continuité de la protection légale offerte à l'enfant. En dehors de ces exceptions qui demeurent confiées aux parents, le tiers bénéficie d'un droit de décision total sur la personne de l'enfant⁹, qui est dans notre hypothèse celui du parent-mineur. Le tiers se substitue au parent qui n'a plus vocation à exercer les attributs de l'autorité parentale qu'il a confiés dans le cadre de la délégation. Il devient le seul interlocuteur en matière médicale et peut choisir le médecin traitant de l'enfant, décider des soins qui lui seront prodigués et bénéficiera d'un accès à son dossier médical. Il organisera également les relations de l'enfant avec les tiers ainsi que les autres membres de sa famille, parents compris, comme son orientation scolaire et morale par le choix de sa religion. Au contraire, dans le cas de la tutelle, le conseil de famille doit tenir compte de la volonté exprimée par les père et mère¹⁰ ou dans le cas du tiers qui

¹ Également désignée « délégation *stricto sensu* », par opposition à la délégation partage de l'autorité parentale.

² Art. 377-1 C. civ.

³ Contrairement à la « délégation-partage » qui en l'absence de précision est présumée partielle (v. *infra* n° 664)

⁴ Art. 371-1 C. civ.

⁵ 377-3 C. civ.

⁶ Art. 148 C. civ.

⁷ Art. 413-2 C. civ.

⁸ C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 108 ; l'auteur estime qu'en cas de délégation supplétive totale, celle-ci emporte la possibilité pour le délégataire de consentir à l'émancipation légale ou judiciaire du mineur (n° 94), ce qui nous semble sur ce point contradictoire.

⁹ C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 95.

¹⁰ Art. 401 C. civ.

accueille l'enfant dans le cadre d'une mesure éducative qui doit respecter l'autorité parentale conservée par les parents¹. Le tiers bénéficie dans le cadre de la délégation d'une liberté décisionnelle identique à celle du parent qu'il substitue², à laquelle s'ajoute la représentation légale qui en est l'attribut. Il sera non seulement apte à prendre les décisions relatives à la personne de l'enfant, mais également à agir pour lui en concluant tous les actes de nature extrapatrimoniale qui le concernent. Il pourra réaliser tous les actes nécessaires à la préservation des intérêts de l'enfant sans distinction selon leur gravité. En substituant le parent dans l'exercice de l'autorité parentale, le tiers le décharge de la responsabilité de plein droit sur son enfant³. La responsabilité attribut de l'autorité suit son exercice⁴. Le tiers devient juridiquement responsable des dommages causés par l'enfant en raison de l'autorité⁵ qui lui a été déléguée, conformément à la jurisprudence « Blieck »⁶, instituant une responsabilité générale du fait d'autrui, et ce, quand bien même l'enfant se trouverait chez son parent⁷.

655. Concernant l'exercice de l'administration légale, la question de sa délégation n'a pas été explicitement envisagée par le législateur. L'ordonnance du 15 octobre 2015 a placé « l'administration légale dans l'ombre de l'autorité parentale »⁸, le transfert de l'exercice de l'autorité parentale entraîne dans son sillage celle de l'administration légale. Dans le cadre d'une délégation directe totale (volontaire ou imposée), la substitution du tiers au parent l'est tout autant. Le délégataire devient administrateur légal du patrimoine de l'enfant. Cette logique est renforcée par le fait que la délégation doit être nécessaire et intervenir si les circonstances l'exigent. Lorsque le juge est amené à accorder une délégation totale, c'est qu'il l'a estimée nécessaire compte tenu du désintérêt parental ou de son impossibilité à exercer son autorité. « Déléguer l'exercice de l'autorité parentale à un tiers en laissant l'administration légale entre les mains des parents au motif qu'ils auraient conservé un droit d'autorité

¹ Art. 375-7 C. civ. et 1200 CPC.

² C. Neirinck, *op. cit.*, « C'est donc en toute liberté qu'il exerce le pouvoir de décision que lui confère le jugement ordonnant à son profit une délégation totale. ».

³ V. *supra* n° 258.

⁴ F. Fournel, « La responsabilité des grands-parents du fait de leurs petits-enfants », *AJ. fam.* 2008, p. 150.

⁵ J. Julien, « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, n° 38 et s. spéc. n° 42 ; C. Neirinck, *op. cit.*, n° 104.

⁶ Cass., ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, *D.* 1991, p. 324, note C. Larroumet ; *D.* 1991. somm. p. 324, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* 1991, II, p. 21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin ; *RTD. civ.* 1991, p. 541, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 513, note F. Chabas.

⁷ V. Cass., ch. crim., 10 octobre 1996, n° 95-84.187, *Juris-Data* n° 1996-004822, *D.* 1997, jurispr. p. 309, note M. Huyette ; *JCP G* 1997, II, p. 22833, F. Chabas ; Cass., civ. 2^{ème}, 6 juin 2002, n° 00-12.014, *D.* 2002. 2750, note M. Huyette, *JCP* 2003, II, p. 10068, note Gouttenoire et Roget, *RTD. civ.* 2002, p. 825, obs. P. Jourdain, *Dr. fam.* 2002, n° 109, note J. Julien. En l'espèce, la Cour a estimé qu'« une association chargée par décision d'un juge des enfants d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie d'un mineur demeure responsable de plein droit du fait dommageable commis par ce mineur, même lorsque celui-ci habite avec ses parents, dès lors qu'aucune décision judiciaire n'a suspendu ou interrompu cette mission éducative ». Cette solution bien qu'appliquée dans le cadre d'une mesure éducative de placement, est transposable à la délégation totale de l'autorité parentale. La délégation charge le tiers d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie de l'enfant en se substituant pleinement à ses parents, seule une décision mettant fin à la délégation libère le tiers de sa responsabilité de plein droit à l'égard de l'enfant.

⁸ M. Bruggeman, « Retour sur l'administration légale », in *Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 690.

"fantôme" a pour conséquence la déshérence de l'administration légale »¹. La délégation totale de l'autorité parentale ne peut se limiter à l'aspect personnel et s'étend à son attribut patrimonial.

656. Ce raisonnement ne peut être étendu à la délégation partielle de l'autorité parentale. La substitution totale du parent par le tiers laisse ici place à une complémentarité. Chacun d'entre eux est compétent pour décider et représenter l'enfant, dans les limites du transfert opéré par le juge. Les droits délégués doivent être explicitement précisés par le jugement, faute de quoi il s'agirait d'une délégation totale. La loi du 4 mars 2002 ne définit plus l'autorité parentale par son contenu, mais par ses objectifs, ce qui n'a fait que rendre plus difficile la délimitation de la sphère de délégation par le juge, qui n'a d'autre choix que de désigner des domaines larges au contenu imprécis, ou de dresser une liste de décisions et d'actes pouvant être réalisés par le délégataire². Une pratique *contra legem* s'est progressivement imposée, qui conditionne l'étendue de la délégation non plus en fonction des droits délégués, mais par rapport aux droits conservés par les parents. Cette pratique a été confortée par la Cour de cassation qui a estimé que lorsque le parent conserve des droits, même limités à un simple droit de visite, la délégation n'est qu'une délégation partielle³. Dans un arrêt du 24 février 2016⁴, la Cour a considéré que le prononcé d'une délégation partielle, même en l'absence de précision des droits délégués, n'équivaut pas à une délégation totale de l'autorité parentale. Cette solution illustre la difficulté pour délimiter les droits ainsi transférés.

657. En raison du caractère parcellaire de la délégation, le parent-mineur continue d'exercer son autorité parentale dans les domaines qu'il a théoriquement conservés. En l'absence de disposition contraire figurant dans le jugement, il demeure seul administrateur légal et continue par ailleurs d'assumer la responsabilité légale des dommages causés par son enfant. Contrairement à la délégation totale, la délégation partielle peut se limiter à des droits portant sur la personne de l'enfant. Lorsque le droit est délégué au tiers, celui-ci sera non seulement amené à prendre les décisions sur l'enfant, mais sera également chargé de le représenter dans les limites des domaines qui lui sont confiés. La délégation

¹ C. Neirinck, *op. cit.*, n° 99. L'auteur limite son propos aux délégations directes imposées au parent. Cependant, il nous semble qu'il s'agit moins d'un lien avec la nature imposée ou non de la délégation, mais de l'étendue du transfert d'autorité opéré. Lorsqu'il est total, il s'accompagne de tous ses attributs et comprend l'administration légale.

² Ex. : CA Lyon, 2^{ème} ch. civ., sect. A, 16 novembre 2004, *Juris-Data* 2004-267411 : « les actes de la vie courante, les formalités administratives et la gestion du patrimoine de l'enfant » ; CA Agen, 1^{ère} ch. matrimoniale, 11 avril 2013, *Juris-Data* n° 2013-008776 : « La délégation partielle de l'autorité parentale portera sur la santé (consultations médicales, hospitalisation, carte vitale), l'éducation (séjours linguistiques), la scolarité (choix du lycée et réinscription, autorisation de sorties et séjours scolaires), la vie privée (sorties extra-scolaires), l'ouverture d'un compte bancaire au nom de l'enfant et l'autorisation d'un travail saisonnier. »

³ Cass., civ. 1^{ère}, 14 février 1989, n° 86-80.038, *Bull. civ. I*, n° 77 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, p. 130, note J. Massip : « du seul fait qu'un droit de visite ait été reconnu au père, la décision critiquée s'analyse [...] en une délégation partielle de l'autorité parentale » ; cette décision est critiquable sur un autre aspect. Le droit de visite ou le droit de visite et d'hébergement n'octroie pas à son titulaire de prérogative de décider pour l'enfant ou de le représenter dans les actes de sa vie civile. Ce droit ne fait que traduire un droit aux relations personnelles de l'enfant et peut être accordé à des parents, mais aussi d'autres personnes qui n'ont pourtant pas été amenées à exercer sur lui l'autorité parentale. Un droit de visite peut exister en présence d'une délégation totale ; v. C. Neirinck, « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 109.

⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17.090, (second moyen du pourvoi) ; *Bull. civ. I*, n° 106, *D.* 2008, p. 1410, obs. Luxembourg ; *ibid.* 2009, Pan. 773, obs. F. Granet-Lambrechts ; *JCP* 2009, I, p. 102, n° 9, obs. A. Gouttenoire ; *AJ. fam.*, 2006, p. 159, obs. F. Chénéde ; *RJP* 208-6/39, note I. Corpart ; *Deffrénois* 2008, p. 1846, obs. J. Massip ; *RTD. civ.* 2006, p. 297, obs. J. Hauser.

partielle instaure une complémentarité entre le parent et le tiers délégataire, car contrairement à la délégation totale, le parent est présent auprès de l'enfant. Le tiers ne fait que combler les parcelles d'autorité parentale cédées par le parent pour restaurer la continuité et l'intégrité de la protection due à l'enfant.

658. En conclusion, la délégation *stricto sensu* ne présente qu'un intérêt limité dans la situation d'un parent-mineur qui a fait le choix de devenir parent et qui souhaite assumer pleinement sa fonction, car elle entraînerait sa substitution par un tiers. De plus, l'objectif est d'accompagner le parent-mineur dans une fonction qu'il devra tôt ou tard pleinement assumer, sa minorité n'est que temporaire. Lorsque le tiers délégataire est choisi au sein du cercle familial et plus précisément parmi les grands-parents, la délégation supplétive présente pour les parents-mineurs un risque accru de confusion dans les rôles occupés par chaque génération dans l'organisation familiale. L'accès au statut de parent n'entraîne aucune incidence sur la protection dont bénéficie le parent-mineur, le grand-parent délégataire exerce non seulement l'autorité parentale sur le parent-mineur, mais également sur son enfant. L'enfant du mineur ne sera pas élevé par son parent, mais avec lui. La substitution du parent par un tiers ne permet pas un accompagnement du parent dans sa fonction, car il s'agit de faire à sa place et non pas avec lui. Comme pour les majeurs, la délégation supplétive doit se limiter à pallier une impossibilité au moins ponctuelle ou un risque d'impossibilité pour le parent-mineur d'exercer l'autorité parentale sur son enfant¹.

B- La coopération entre le parent et le tiers par la délégation-partage

659. La loi du 4 mars 2002 a introduit une nouvelle modalité de délégation en permettant au parent de partager l'exercice de son autorité parentale avec le tiers qui partage sa vie et celle de son enfant pour consacrer juridiquement le rôle qu'il occupe dans son éducation. Ce mécanisme transposé à la situation du parent-mineur lui offre la possibilité de consacrer la place qu'occupe l'un de ses parents dans la prise en charge de son enfant. D'un « parent de substitution », le tiers devient ici « un parent additionnel »². Si la délégation-partage permet à un tiers (grand-parent ou autres) d'épauler le parent-mineur dans sa fonction à l'égard de son enfant, elle n'en demeure pas moins qu'une modalité de délégation, aux effets juridiques mal définis (1). Les propositions visant à contractualiser ce partage se sont jusqu'à présent soldées par un échec en raison de l'atteinte portée au caractère éminemment personnel de ce droit né de la filiation, l'autorité parentale demeure, sauf cas exceptionnels, la chose des parents (2).

¹ Cass., civ. 1^{ère}, 24 février 2006, *op. cit.*

² M. Rebourg, « Les familles recomposées : la prise en charge par les beaux-parents », *AJ. fam.* 2007, p. 290.

1. Un partage diffus de l'autorité parentale réalisé pour protéger l'enfant

660. L'article 377-1 alinéa 2 du Code civil, consacrant la délégation-partage, énonce que le jugement de délégation peut prévoir que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le principal avantage de cette mesure est que le parent-mineur délégant conserve non seulement son statut de parent, mais aussi l'exercice de son autorité parentale, contrairement à la délégation *stricto sensu*. Il s'agit non plus d'une abdication du parent, mais d'une collaboration juridique organisée avec le tiers. Ce mécanisme présente un intérêt non négligeable dans le cadre de familles monoparentales comme dans la majorité des cas impliquant un parent-mineur¹. L'association du tiers permet de rétablir le principe d'un exercice commun de l'autorité parentale, garantie de la protection octroyée à l'enfant, par le contrôle des décisions du parent par le tiers et inversement. Un parent-mineur pourrait solliciter une délégation-partage au bénéfice du parent chez lequel il réside avec son enfant, pour légitimer l'éventuel soutien qu'il lui apporte dans la prise en charge quotidienne de son enfant. Le tiers se voit accorder un statut de « parent additionnel »² bien qu'il n'en soit pas un. Il est possible de noter que la délégation-partage confère au tiers plus de droits sur l'enfant que d'obligations.

661. Comme pour la délégation *stricto sensu*, elle ne modifie en rien la filiation de l'enfant. Les parents-mineurs demeurent les uniques débiteurs de l'obligation d'entretien. Le tiers ne peut être appelé qu'à titre subsidiaire lorsqu'une obligation légale au bénéfice de l'enfant a été mise à sa charge telle qu'une obligation alimentaire comme pour les ascendants³. En l'absence d'obligation subsidiaire, le délégataire reste un tiers à l'égard de l'enfant. Pour cette raison, il n'est pas tenu de pallier l'impécuniosité parentale, et cela en dépit du fait qu'il puisse décider pour l'enfant et générer des frais d'entretien supplémentaires à la charge des parents⁴. Comme les père et mère conservent l'exercice de leur autorité en dépit de la délégation, ils demeurent seuls civilement responsables des dommages causés par la faute de leur enfant puisque les responsabilités du fait d'autrui sont exclusives et non cumulatives⁵. La délégation-partage ne permet pas de pallier la vulnérabilité des parents-mineurs sur ces différents points.

662. Il est également difficile de déterminer l'étendue exacte de la délégation-partage. Comme la délégation *stricto sensu*, la délégation-partage peut être partielle ou totale, contrairement à la première ; en l'absence de précisions dans le jugement sur les droits partagés, la délégation ne sera pas présumée totale, mais seulement partielle⁶. « Cependant une délégation partielle sans précisions des droits délégués procure exactement les mêmes conséquences qu'une délégation totale dès lors que personne

¹ P. Germé et L. Richet-Mastain, « Reconnaître son enfant : une démarche de plus en plus fréquente et de plus en plus précoce », *INSEE première*, octobre 2006, n° 1105.

² M. Rebourg, « Les familles recomposées : la prise en charge par les beaux-parents », *op. cit.*

³ Sur l'obligation alimentaire v. *supra* nos 155 s.

⁴ C. Neirinck « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 119.

⁵ Cass., civ. 2^{ème}, 11 mars 1981, n° 78-16333, *Bull. civ. II*, n° 69 ; v. J. Julien, « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, spéc. n° 62.

⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 24 févr. 2006, n° 04-17090 *Bull. 2006 I* n° 101, p. 95.

ne peut définir le domaine sur lequel [le] délégataire peut intervenir »¹. Le tiers délégataire ne peut présumer de son domaine de compétences et le parent ne peut être certain que le tiers n'empiétera pas sur son domaine réservé. Le délégataire dispose des mêmes prérogatives qu'un parent à l'égard de la personne de l'enfant sans en supporter les conséquences, ce qui lui octroie non seulement le droit de décider pour l'enfant, mais aussi, le cas échéant, la représentation légale qui en est l'attribut pour lui permettre d'agir en son nom². La seule certitude concerne l'administration légale, quand le parent a conservé l'exercice entier de son autorité parentale. La délégation-partage n'intervient que pour les besoins d'éducation de l'enfant et non pour la gestion de son patrimoine³. Sauf à avoir une interprétation très extensive des « besoins d'éducation », le partage de l'administration légale est exclu. Il est possible de s'interroger sur la pertinence de ce mécanisme dans la situation de parents-mineurs, notamment lorsque le délégataire n'est autre que son propre parent. Dans cette configuration spécifique, un délégataire exerce une autorité légale sur le délégant. Il convient d'envisager son fonctionnement pour s'assurer que le délégataire ne puisse se substituer au délégant.

663. L'articulation de la délégation-partage avec l'autorité parentale conservée par les délégants, ne fait l'objet que d'une unique disposition à l'article 377-1 alinéa 2 du Code civil. La délégation-partage se contente d'énoncer que « la présomption d'accord prévue à l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes usuels accomplis par le ou les délégants et le délégataire ». Comme pour les parents⁴, cette présomption ne vaut valable qu'à l'égard du tiers et ne dispense aucunement le délégataire d'informer les parents de ses décisions et réciproquement. *A contrario*, pour la réalisation des actes graves, le tiers devra recueillir préalablement non seulement le consentement du délégataire, mais également l'accord du ou des parents selon que l'exercice de l'autorité parentale est commun ou unilatéral. La réalisation d'un acte grave peut nécessiter de recueillir le consentement de trois personnes distinctes lorsque l'exercice de l'autorité parentale est exercé conjointement par les deux parents, auxquels vient s'ajouter le tiers délégataire. La présomption de l'article 372-2 du Code civil n'est qu'une protection apportée aux tiers de bonne foi, dans le but d'éviter qu'il n'ait à subir les éventuelles conséquences juridiques des différentes personnes chargées d'exercer l'autorité parentale qui n'auraient pas été concertées. En conclusion, la délégation-partage ne confère pas une liberté d'action au délégataire, mais instaure une véritable coopération avec les parents, chacun devant respecter la place de l'autre, à charge pour eux en cas de difficulté, de saisir le juge aux affaires familiales pour trancher leur litige. La délégation-partage

¹ C. Neirinck, note ss. TGI Bayonne, 26 octobre 2011, n° 11/00950, *Juris-Data* n° 2011-023498, *Dr. fam.*, décembre 2011, comm. p. 179.

² F. Chénéde, note. ss TGI Lille, JAF, 11 décembre 2007, n° 06-05918, *AJ. fam.* 2008, p. 119 : « la délégation et le partage de l'autorité parentale permettent au parent délégataire, qui s'occupe quotidiennement de l'enfant, de réaliser, en toute légalité, différents actes de la vie courante » ; v. *contra* : C. Neirinck « Autorité parentale – Délégation », *op. cit.*, n° 118. L'auteur base ici son raisonnement sur l'idée selon laquelle la représentation légale de l'enfant appartient exclusivement à l'administrateur légal par une interprétation littérale de l'anc. art. 389-3 C. civ. (devenu 388-1-1 C. civ.), ce qui est peu convaincant, v. *supra* nos 209 s.

³ V. Péresse, rapport n° 2832, sur la proposition de loi n° 3222 du 28 juin 2006, *Assemblée nationale*, 25 janvier 2006, p. 245 : « Cet objet limité vise à éviter un démembrement de l'autorité parentale selon la convenance des parents. »

⁴ V. *supra* n° 199.

n'est envisageable que dans un environnement familial apaisé, propice au dialogue. Or, il arrive que la parenté des mineurs génère des tensions familiales, lorsque les parents tiennent l'un des parents-mineurs pour responsables de la situation, ce qui exclut de faire appel à eux dans de telles circonstances.

664. À ces difficultés de fonctionnement vient s'ajouter celle résultant de la nature attribuée à la délégation-partage. Une partie de la doctrine voit dans la délégation-partage un cas de délégation autonome qui organise « une sorte de mandat pour exercer certains des attributs de l'autorité parentale sans que leur titulaire en soit privé. »¹ Cette interprétation semble conforme à l'esprit dans lequel ce mécanisme a été élaboré afin d'octroyer une meilleure reconnaissance de la place du tiers qui prend l'enfant en charge². Le texte évoque un partage pour les besoins d'éducation de l'enfant et non d'une substitution en raison d'une défaillance parentale. Si cette interprétation permet de faciliter l'organisation familiale en y incluant le tiers qui intervient au quotidien auprès de l'enfant, offrant ainsi une possible solution à la situation spécifique des parents-mineurs, ce n'est pas la conception retenue par la Cour de cassation. Comme nous avons déjà pu le souligner, la Cour refuse de reconnaître au partage de l'autorité parentale une existence juridique propre. La délégation-partage demeure liée à la délégation volontaire *stricto sensu* de l'article 377 du Code civil et n'en constitue qu'une modalité. Ce partage ne peut intervenir qu'en cas de nécessité, à savoir, en raison d'une impossibilité au moins ponctuelle ou d'un risque d'impossibilité pour le parent d'exercer l'autorité parentale³ et donc d'une défaillance de sa part. Il s'agit d'un contrôle d'opportunité de la délégation réalisé par le juge. Il a été précisé que ce partage doit permettre « aux enfants d'avoir de meilleures conditions de vie et une meilleure protection ». Cela implique pour le tiers qui partage la vie de l'enfant de démontrer qu'il s'est heurté à des difficultés particulières pour jouer auprès des tiers ou de l'entourage familial le rôle de parent qu'il entend se faire reconnaître⁴. Cette obligation ne manque pas d'une certaine ironie, car la logique revendiquée par la Cour est inverse à l'objectif du droit, en effet elle conduit à pérenniser une situation de pur fait, alors qu'il s'agit au contraire de légitimer juridiquement cette situation afin qu'elle ne puisse plus être contestée. Bien que ces solutions jurisprudentielles soient intervenues dans le contexte spécifique des couples de même sexe, elles n'en demeurent pas moins de portée générale. Elles peuvent donc être transposées à la situation du parent-mineur, ses parents peuvent décider et agir pour son enfant en dehors de tout cadre légal tant qu'ils ne sont pas contestés dans ce rôle par le

¹ A Gouttenoire, « Coup d'arrêt à la délégation-partage de l'autorité parentale », *JCP G.*, 2010, p. 994., note ss. Cass., civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-12.623 ; I. Théry (dir.), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, éd. Odile Jacob, *La doc. fr.*, 1998, p. 301 : « La délégation-partage est un dispositif de soutien à la parentalité ».

² C. Robin-Rodrigo, rapport sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale, n° 3111, du 6 juin 2001, *Assemblée nationale*, Recommandation n° 9.

³ Cass., civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-12.623, *op. cit.* ; v aussi, rapport I. Théry (dir.), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, *loc. cit.*, p. 301 : « Cette situation ne peut que viser des situations exceptionnelles. Par exemple celle de la mère chez laquelle la résidence habituelle de l'enfant a été fixée et qui souhaiterait être épaulée par son conjoint ou concubin pour pallier les défaillances de l'autre parent, sans demander au préalable un exercice unilatéral de l'autorité parentale qui risquerait de déresponsabiliser définitivement l'autre parent. La situation peut aussi viser le cas où la mère est gravement malade et où l'enfant est élevé par le beau-parent ».

⁴ *Ibid.*

parent-mineur ou les tiers qu'ils sont amenés à solliciter dans le cadre de sa prise en charge. En dépit de la résistance des juges du fond qui facilitent la délégation-partage, plusieurs propositions ont été faites pour tempérer le principe de l'exercice de l'autorité parentale fondée sur la filiation dans l'objectif d'une meilleure organisation familiale¹.

2. *L'échec de l'intégration du tiers pour faciliter l'organisation juridique de la famille*

665. L'autorité parentale résulte du lien de filiation, ce qui rattache ce droit aux père et mère de l'enfant. C'est ce lien qui justifie le fait que des parents puissent exercer leur autorité parentale en dépit de leur minorité. Son caractère d'ordre public empêche non seulement le parent de s'en décharger en raison de son indisponibilité, mais il permet aussi de le préserver de toute ingérence injustifiée de l'extérieur dans l'exercice de ce droit. Compte tenu de sa nature altruiste, la loi envisage la possibilité de surmonter ce caractère personnel en permettant à un tiers d'assumer l'exercice de l'autorité parentale en cas de nécessité, et ce, dans l'intérêt exclusif de l'enfant. Le principe de l'exercice de ce droit par le parent trouve dans cette situation une exception en faveur de la parentalité du tiers. Cette atteinte devient nécessaire, quand il s'agit de pallier les carences des titulaires de l'autorité parentale. L'impératif de protection de l'enfant d'ordre public permet de déroger au principe de la parenté chaque fois que le parent n'est plus en capacité de l'exercer. Il convient de se demander si l'ingérence du tiers peut être légitimée par la seule volonté de faciliter l'organisation familiale au motif que « l'existence de liens biologiques entre l'enfant et les [personnes]² qui l'élèvent n'a jamais été l'assurance d'une bonne éducation. »³ La question du partage de l'autorité parentale en l'absence de nécessité de protection conduit à mettre en concurrence le principe de l'exercice fondé sur la filiation avec son exception légitimée par la seule aptitude du tiers à assumer la fonction de parent indépendamment du lien de filiation existant avec l'enfant.

666. L'organisation familiale peut être un enjeu de protection, si l'exercice en commun de l'autorité parentale est considéré comme une garantie impérative du bon fonctionnement et de l'équilibre de ce droit. Comme chacun des parents est réputé contrôler l'action de l'autre, l'intervention d'un tiers pourrait être éventuellement justifiée chaque fois qu'il serait nécessaire de rétablir cet équilibre. Le tiers deviendrait une garantie de l'intérêt de l'enfant, faisant glisser l'autorité parentale vers une « autorité familiale »⁴ fondée sur la parentalité et l'aptitude réelle de la personne à prendre en charge l'enfant indépendamment du lien juridique fondé sur la filiation. Cette conception permettrait notamment aux grands-parents d'intervenir aux côtés du parent-mineur dans la protection et l'éducation de leur enfant.

¹ Ex. : H. Fulchiron, P. Malaurie, *La famille*, LGDJ, 2016, pp. 729 s., n°s 1630 s.

² L'auteur de ces propos se réfère exclusivement aux « adultes », or face aux parents-mineurs, l'éducation d'un enfant et plus largement l'exercice de l'autorité parentale n'est manifestement pas une prérogative réservée aux adultes. Nous lui substituons donc la notion de personne.

³ Avant-propos P. Bloche, in V. Pécresse, rapport n° 2832, sur la proposition de loi n° 3222 du 28 juin 2006, *Assemblée nationale*, 25 janvier 2006, p. 5.

⁴ A. Leroyer, « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD. civ.* 1998, p. 587. n° 11.

L'appréhension de l'exercice de l'autorité parentale fondée sur la parentalité rejoint la conception du droit anglais qui attribue au « *de facto carer* »¹ la possibilité d'entreprendre tout ce qui est raisonnable, compte tenu des circonstances, pour protéger et promouvoir le bien-être de l'enfant². Si cette conception n'est pas totalement inconnue du droit français qui dans l'article 373-4 du Code civil prévoit que « la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation », il s'agit toutefois d'une exception, conditionnée à la nécessité de protéger l'enfant, confié au tiers par décision de justice et limité aux prérogatives strictement nécessaires pour sa prise en charge quotidienne.

667. La place accordée à la parentalité dans l'organisation familiale a été envisagée en 2006 dans le rapport annuel du Défenseur des enfants qui appelait de ses vœux l'émergence de moyens juridiques destinés à inclure le tiers dans l'exercice des droits parentaux, dans le but de faciliter la vie familiale. Cette intégration devait se faire par une simplification du recours à des mécanismes juridiques préexistants tels que la délégation-partage³. En 2009, un premier avant-projet relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers proposait une procédure de partage de l'autorité parentale distincte de la délégation, libérée de la contrainte de nécessité. Le partage avec le tiers devenait possible par simple convention avec le parent et le cas échéant, avec l'accord de l'autre parent en cas d'exercice conjoint, soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales⁴. L'intervention de ce dernier aurait été limitée à la vérification de la liberté du consentement donné ainsi qu'à la conformité des dispositions envisagées à l'intérêt de l'enfant. L'implication du tiers dans les droits parentaux en l'absence de nécessité a fait l'objet de nombreuses critiques face au risque engendré pour l'avenir par des confusions des rôles familiaux et une dilution de la notion de filiation⁵. Là où la filiation apporte une stabilité à l'enfant, la parentalité en est au contraire dépourvue comme « de la précision et de l'organisation qu'implique toute institution »⁶, au risque d'assimiler l'intérêt de l'enfant à la volonté du parent ou celle du tiers et de son implication.

¹ Celui qui prend soin de l'enfant dans les faits ; v. Children Act, 1989, art. 35.

² V. spéc. I. Théry (dir.), *Filiation, origine, parentalité*, 2014, *La doc. fr.*, p. 296 ; S. Cretney, « Les familles recomposées en droit anglais », in *Quels repères pour les familles recomposées ? Une approche pluridisciplinaire internationale*, M. Th. Meulders-Klein, et I. Théry (dir.), LGDJ, 1995, pp. 141 et s. ; J. Sosson, « Le statut juridique des familles recomposées en Europe : quelques aspects de droit comparé », in *Les recompositions familiales aujourd'hui*, M. Th. Meulders Klein et I. Théry (dir.), éd. Nathan, 1993, pp. 299 s. ; « Réflexions de droit comparé sur les secondes familles », in *L'enfant, sa première et ses secondes familles*, LPA, octobre 1997, n° 121, p. 29 ; F. Granet, *La législation relative à la responsabilité parentale au Royaume-Uni*, éd. Centre de droit privé fondamental, 2002.

³ Défenseur des enfants, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités*, rapport annuel, 2006, *La doc. fr.*, p. 37 : « L'intérêt de l'enfant requiert, dans certaines situations, d'aménager un cadre juridique consacrant la place du tiers qui le prend en charge ou exerce auprès de lui un rôle de parent, sans pour autant déposséder les parents de leurs propres responsabilités. Il ne s'agit en aucun cas d'agir sur la filiation, mais bien sur la parentalité c'est-à-dire sur l'exercice de droits et de devoirs relatifs au rôle parental ».

⁴ V. J. Léonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, rapport, octobre 2009, *La doc. fr.*, spéc. p. 72.

⁵ F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, septembre 1999, *La doc. fr.*, p. 15 : « Il semble plus prudent de continuer à nettement distinguer la filiation des situations qui appartiennent à un autre ordre, telle celle du beau-parent ou plus généralement de tous les tiers qui peuvent de fait élever l'enfant sans prétendre pour autant occuper la place de parent. »

⁶ P. Malaurie, « Autorité parentale et droit des tiers : un avant-projet patchwork », *JCP G*, avril 2009, act. 167.

668. Les propositions de l'avant-projet ont suscité de vives critiques tant de la doctrine¹, que des acteurs de terrain². Il lui a été reproché de vouloir organiser par le droit toute la complexité et la diversité des situations familiales au risque de ne répondre en l'état, ni à l'intérêt de l'enfant ni aux besoins des familles³. Les critiques se concentraient sur la conception purement sociologique de la famille de l'avant-projet fondée sur la seule notion de parentalité⁴ au détriment de la filiation et de la parenté. Partant de ce constat, ses détracteurs estimaient que l'altération du lien entre autorité parentale et filiation conduirait à terme à l'affaiblissement du caractère d'ordre public de ce droit, mais également à sa nature éminemment personnelle. Cette modification risquait d'entraîner une dilution de l'autorité parentale par l'homogénéisation des rôles juridiques occupés par le tiers et les parents dans le quotidien de l'enfant. La situation des parents-mineurs peut illustrer ce risque. L'octroi d'une autorité parentale concurrente à celle des parents-mineurs sur leur enfant, en l'absence de nécessité, peut se montrer contre-productif. Cette évolution présente le risque d'une aggravation des conflits familiaux en cas de mésentente entre les parents-mineurs et leurs parents délégataires, désaccord qui pourra se cristalliser sur la question touchant à l'entretien et à l'éducation de leur enfant. Elle peut également contribuer à la confusion des rôles dévolus à chaque membre de la famille, ou au contraire à une hiérarchisation des fonctions parentales qui se fera au détriment des parents-mineurs, susceptible de favoriser leur désinvestissement progressif dans leur fonction. La reconnaissance de la parentalité du tiers en dehors de toute nécessité se fait au détriment de la filiation, l'exception devenant le principe. Cette dérive expose fortement les parents vulnérables et dépendants à l'ingérence des tiers, considérés comme mieux à même d'assumer la prise en charge quotidienne de l'enfant. En raison de leur vulnérabilité, ces parents sont susceptibles d'accepter l'ingérence de ce tiers, même en l'absence de nécessité. Dans ces conditions, la parentalité des parents du parent-mineur pourrait être préférée à sa parenté en raison de la dépendance dans laquelle sa minorité le maintient.

669. La facilité offerte à l'intervention du tiers par le biais de la parentalité est présentée comme un risque de dilution du caractère d'ordre public de l'autorité parentale, négligeant en cela le besoin de l'enfant de se situer dans une filiation⁵. Cette crainte trouve une illustration dans le risque que l'enfant d'un parent-mineur soit élevé par ses grands-parents, non plus comme leur petit-enfant, mais comme leur propre enfant. Pour ces raisons, les dispositions permettant de faciliter la délégation de l'autorité

¹ P. Malaurie, « Autorité parentale et droits des tiers : un avant-projet patchwork », *op. cit.* ; M. Bruggeman, « Les familles recomposées, le(s) tiers et l'enfant », *AJ. fam.*, 2007, p. 294.

² J. Léonetti, « Intérêt de l'enfant, autorité parentale, droit des tiers », *op. cit.*, spéc. : pp.74 s.

³ *Ibid.*, p. 8.

⁴ M. Bruggeman « Les familles recomposées : le tiers et l'enfant », *op. cit.* : « c'est parce qu'elle paraît être une fonction purement symbolique que l'élargissement de son exercice est aussi facilement envisagé. »

⁵ *Ibid.* Cette position est défendue par C. Flavigny, pédopsychiatre. Elle estime que cet avant-projet tend à favoriser « une approche superficielle, éducative, de la vie familiale : la spécificité de la place des parents n'y est pas engagée. La relation d'un adulte à un enfant, sans autre spécificité, l'emporterait alors sur la relation d'un parent à son enfant (des parents à leurs enfants) ». Tout comme l'UNAF, qui considère que « ni le phénomène des familles recomposées, ni l'existence de foyers monoparentaux ne doivent conduire à désorganiser la filiation, à affaiblir les principes juridiques de son établissement, à introduire le trouble et l'ambiguïté dans l'identification de ses parents par l'enfant ».

parentale sont abandonnées, malgré la souplesse dont font preuve les juges du fond qui assimilent régulièrement l'intérêt de l'enfant¹ à la volonté exprimée par le parent délégant et le tiers délégataire² pour accorder une délégation-partage en l'absence de toute nécessité. La délégation-partage reste à ce jour, le seul moyen mis à la disposition du parent-mineur pour lui permettre de légitimer le rôle factuel assumé par ses parents dans la prise en charge et l'éducation de son enfant.

670. Il a été rappelé que l'intervention du tiers dans l'exercice des droits parentaux « ne peut être justifié[e] en premier et en dernier ressort que par l'intérêt de l'enfant. » Et non par les relations pouvant exister entre le tiers et le parent³, ou pour la seule organisation familiale. La fonction parentale ne peut se résumer à un rôle purement factuel pouvant incomber à toute personne susceptible d'assumer la charge de l'enfant. Si le parent peut trouver un intérêt à ce que le tiers intervienne dans la prise en charge de son enfant, cette intervention ne peut être institutionnalisée. Cette institutionnalisation présente le risque d'une confusion accrue de l'intérêt de l'enfant avec les intérêts de ses parents auxquels viennent s'ajouter éventuellement ceux du tiers qui souhaite s'impliquer dans son éducation. La Convention internationale des droits de l'enfant rappelle dans son article 18 que la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe en premier chef aux parents. L'intérêt de l'enfant est d'être éduqué et pris en charge par son parent tant qu'il peut le faire. Sur ce point, le mode contractuel est manifestement inadapté, car il octroie une grande liberté fondée sur la volonté des parents associée à celle du tiers. Compte tenu des pressions pouvant être exercées sur le parent-mineur, comment ne pas émettre de doute sur la réalité de son consentement au partage de ses droits lorsque sa situation personnelle dépend de la volonté d'un tiers candidat à la délégation, surtout lorsqu'il s'agit de son parent ? La contractualisation ne peut prospérer en dehors d'un environnement familial apaisé, or le statut de parent des mineurs peut générer des tensions familiales lorsque les familles cherchent à désigner un responsable à l'origine de cette situation. Une autorité fondée sur la parentalité présente davantage de risque pour l'enfant que celle résultant de sa parenté. L'accord trouvé peut se faire au détriment de l'intérêt même de l'enfant. Bien que l'objet de cette convention soit l'exercice partagé de l'autorité parentale, c'est bien l'enfant qui en est l'enjeu. La simple homologation judiciaire ne permet pas de veiller au respect de ses intérêts. Cette procédure par nature gracieuse garantit un contrôle de légalité, et l'appréciation de l'opportunité n'y est pas systématique⁴. Écarter le critère de la nécessité de la délégation conduit à exclure toute appréciation judiciaire de son opportunité, ouvrant de ce fait la vie

¹ Pour une critique de la notion d'intérêt de l'enfant : J. Carbonnier, note sous CA Paris, 30 avril 1959, *D.* 1960, p. 673, spéc. p. 675 ; J. Carbonnier « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variables en droit*, C. Perlman et R. Vander Elst, Bruxelles, 1984, p. 99, spéc. p. 104 ; O. Bourguignon, J.-L. Rallu, I. Théry, *Du divorce et des enfants*, INED-PUF, 1985, p. 34 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD. civ.*, 1995, p. 249, spéc. p. 265.

² V. ex : TGI Lille, JAF, 18 décembre 2007, n° 06/06114, *Juris-Data* n° 2007-355272 ; *Dr. fam.* 2008, comm. p. 58, P. Murat. En l'espèce, le juge a estimé discriminatoire le fait : « d'exclure un enfant de la possibilité de bénéficier d'un partage de l'autorité parentale souhaité par sa mère et son ancienne amie sur le seul motif qu'elles sont de même sexe ».

³ *Ibid.* p. 76.

⁴ M. Bruggeman « Les familles recomposées : le tiers et l'enfant », *op. cit.*

familiale à l'ingérence des tiers. L'intérêt de l'enfant est ici assimilé à des intérêts éventuellement concordants, mais potentiellement concurrents. Qu'il aille de l'intérêt des parents d'être épaulés dans leur charge par un tiers compte tenu de leur vulnérabilité, que le tiers ait intérêt à bénéficier d'une reconnaissance sociale et juridique ou que l'organisation familiale en soit facilitée, si chacun de ces intérêts contribue à celui de l'enfant, ils ne peuvent s'y substituer totalement, car de l'exercice de l'autorité parentale dépend sa protection. La Cour de cassation dans son arrêt de 2010 apportait une précision selon laquelle le partage devait non seulement permettre « aux enfants d'avoir de meilleures conditions de vie », mais aussi leur offrir « une meilleure protection »¹. Si le tiers se voyait proposer des droits sur l'enfant, aucune obligation n'était mise à sa charge en contrepartie. Cet arrêt plaçait le tiers dans une situation bien plus favorable que celle des parents qui demeurent non-seulement tenus de son entretien, mais qui continuent également d'assumer la pleine responsabilité des dommages qu'il provoque. Une proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant a vu le jour en 2014. Elle prévoyait de réécrire l'article 377 du Code civil en s'en tenant aux propositions de l'avant-projet, en dépit des critiques formulées à son égard et des précisions apportées entre temps par la Cour de cassation. Il était également proposé d'accorder aux parents qui exercent conjointement l'autorité parentale la possibilité de saisir le juge aux affaires familiales pour homologuer la convention par laquelle ils organisent le partage de tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale avec un tiers². Bien qu'adoptée par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014, la procédure parlementaire s'est arrêtée brutalement, le texte n'a jamais été adopté définitivement.

671. Compte tenu de la nature spécifique de l'autorité parentale et du rapport que ce droit entretient avec la filiation, la conformité de son partage à l'intérêt de l'enfant se limite à la nécessité d'assurer sa protection. La seule organisation de la vie quotidienne de l'enfant est jusqu'à présent appréhendée comme un élément de la vie privée ne nécessitant pas l'intervention ou le contrôle de la société³, tant que l'intérêt de l'enfant et sa protection n'entrent pas clairement en jeu. Si l'éventualité d'un partage de l'autorité parentale avec un tiers en dehors d'une véritable nécessité permet d'associer le parent-mineur à un majeur pour l'accompagner dans son rôle, cet avantage demeure limité, car la conformité de ce partage à l'intérêt de l'enfant reste incertaine. De plus, cet accompagnement du parent-mineur peut être mis en place dans le cadre d'une aide éducative apportée par l'État à tous les parents qui rencontrent des difficultés dans leur fonction. Contrairement à la contractualisation proposée au parent, les procédures administratives et judiciaires sont par nature conformes à l'intérêt de l'enfant et respectueuses des droits des parents.

¹ Cass., civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-12623, *op. cit.*

² Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, n° 371, adoptée par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014, art. n° 14.

³ V. Péresse, rapport n° 2832, sur la proposition de loi n° 3222 du 28 juin 2006, 25 janvier 2006, *Assemblée nationale*, pp.260 s., spéc. p. 262.

Conclusion du Chapitre I

672. Le parent-mineur ne peut être substitué dans sa fonction si la protection de son enfant est convenablement assurée dans le cadre de l'exercice normal de l'autorité parentale. Les aménagements légaux du statut de parent sont soumis à un principe de nécessité, lequel implique la démonstration d'une rupture dans la continuité de la protection de l'enfant. Dans cette éventualité, un tiers interviendra pour combler le vide laissé par l'autorité parentale. L'intervention du tiers n'est pas destinée à faciliter l'organisation familiale, mais à restaurer la protection due à l'enfant.

La tutelle comme la délégation ont pour objectif de rétablir l'effectivité de la protection due à l'enfant en se substituant aux parents. Cependant, là où la délégation consiste en un transfert de prérogatives liées à l'exercice de l'autorité parentale du parent au tiers, la tutelle se substitue à l'autorité parentale. Ces substitutions sont conditionnées à la démonstration préalable d'une défaillance grave des parents dans l'exercice de leurs droits. Ce principe préserve les prérogatives détenues par le parent-mineur de l'ingérence de ses parents. La nécessité de cette protection limite l'intervention des tiers dans l'organisation familiale aux prérogatives que le parent-mineur ou ses parents se sont vus retirer ou qu'ils ont délaissées. L'intérêt est d'éviter, autant que possible, que les prérogatives accordées aux tiers entrent directement en concurrence avec celles éventuellement conservées par les parents, chacun ayant vocation à agir dans les sphères qui leurs sont spécifiquement attribuées. Ce principe évite l'émergence de conflits entre les personnes chargées de veiller aux intérêts de l'enfant, de nature à paralyser sa protection. La tutelle comme la délégation ne sont pas conçus comme des moyens destinés à faciliter l'organisation familiale en l'absence de dysfonctionnement grave dans la protection primaire de l'enfant. Leur recours demeure limité aux domaines délaissés par l'autorité parentale ou dans lesquels les parents ont fait preuve d'une grave incompetence. Le tiers n'a pas à concurrencer le parent-mineur dans sa fonction seulement à combler l'espace qu'il a laissé. Le critère de nécessité préserve ainsi l'équilibre entre l'impératif de protection résultant de la minorité, justifiant le recours à la parentalité avec le droit des parents au respect de leur vie familiale ainsi que le droit de l'enfant d'être élevé par eux. Cet équilibre évite que le parent ne puisse se délester trop facilement des obligations légales mises à sa charge, mais également qu'il en soit dépossédé sous la pression d'un tiers qui souhaiterait se substituer à lui dans son rôle à l'égard de son enfant. Les aménagements du statut de parent sont conditionnés à l'autonomie et à l'implication dont ils font preuve dans l'exercice de leur autorité parentale.

L'aménagement du statut de parent en dehors de toute nécessité n'apparaît pas opportun, car il conduit à mettre en concurrence le parent-mineur avec la parentalité d'un tiers qui peut être son propre parent. L'intérêt de l'enfant est d'être éduqué et pris en charge par ses parents tant qu'ils sont en capacité de le faire. L'organisation et le fonctionnement interne de la famille sont appréhendés comme des

élément de la vie privée familiale qui échappe au contrôle de la société tant qu'il ne porte pas atteinte à l'intérêt de l'enfant et à l'effectivité de sa protection. Si le parent-mineur est libre d'accepter le soutien de ses parents dans son rôle, ces derniers ne peuvent prétendre à se substituer à lui. L'aménagement légal du statut de parent est limité à la démonstration d'une nécessité qui ne peut résulter de la seule minorité du père ou de la mère, mais aux difficultés concrètes qu'ils rencontrent dans la protection de leur enfant. Ces aménagements sont généralement possibles en cas d'échec des mesures prises dans le cadre de la protection de l'enfance et l'impossibilité de restaurer l'autonomie des parents dans l'exercice de leurs droits. Le législateur n'est pas parvenu à intégrer le tiers à la protection normale du mineur. Dans ce cas, la mise en cohérence du statut de parent-mineur se fera par un aménagement de la protection découlant de leur minorité et leur statut de mineur.

Chapitre II : Les aménagements du statut de mineur du parent

673. Les difficultés de la situation juridique des parents-mineurs résultent du fait qu'en tant que parents, ils sont amenés à exercer l'autorité parentale sur leur enfant tout en étant eux-mêmes soumis à cette même protection due à leur minorité. Nous sommes confrontés à un parent dont le discernement et la capacité juridique sont reconnus en tant que parent, mais dont l'aptitude et la capacité personnelle demeurent imparfaites. La problématique, n'est plus de pallier les difficultés rencontrées par le parent-mineur dans sa fonction, mais au contraire de permettre l'évolution de sa protection afin que sa minorité ne vienne pas interférer dans l'exercice de ses droits parentaux. Contrairement à l'exercice de l'autorité parentale, le droit ne prévoit qu'un seul « aménagement » de la minorité par l'émancipation de l'enfant (**Section I**). L'émancipation du parent-mineur est présentée comme la solution permettant de surmonter les difficultés liées à ce statut. En émancipant le parent-mineur, il est possible de mettre fin à sa protection et à la superposition des autorités parentales. Cette solution n'est pas toujours pertinente, car le statut de parent ne fait pas disparaître la vulnérabilité du parent et de ce fait son besoin de protection. La situation spécifique des parents-mineurs nous conduit à trouver une solution au-delà du seul droit positif qui permettrait au parent d'exercer sa fonction tout en bénéficiant d'une protection adaptée à sa vulnérabilité. Cet objectif conduit à proposer que l'exercice de l'autorité parentale soit proportionné aux besoins de protection du mineur. Cette proportionnalité aboutit à la mise en place d'une pré-majorité adaptée aux parents-mineurs (**Section II**).

Section I : L'émancipation des parents-mineurs

674. En accédant au statut de parent, le parent-mineur crée une situation juridique atypique résultant de la superposition entre l'autorité parentale que ses parents exercent sur lui, et celle qu'il est amené à exercer sur son enfant. L'opportunité du maintien de la protection du parent source de conflit juridique se pose. En organisant l'accès de l'enfant au statut de parent, le droit positif ne doit-il pas lui garantir une vie familiale normale, comme tout parent¹, afin qu'il puisse fonder son propre foyer ? Ou au contraire sa situation de vulnérabilité justifie-t-elle le maintien de cette protection, au détriment du statut de parent du mineur² ? À ces problématiques, la doctrine propose de recourir à l'émancipation du parent-mineur. Cette mesure présente l'avantage de lui offrir l'autonomie juridique personnelle qui lui fait défaut, cohérente avec l'exercice de ses droits parentaux³ et l'autonomie dont il dispose en tant que parent. Cette solution permet également d'offrir un regain d'intérêt à une institution devenue marginale⁴. Si l'émancipation des parents-mineurs est juridiquement justifiée (§ 1), ses conséquences conduisent à anticiper sa majorité, sans pour autant remédier à la vulnérabilité et à la dépendance liée à la précarité de sa situation personnelle (§ 2).

§ 1 : L'accès des parents mineurs à l'émancipation

675. L'émancipation est un mécanisme qui permet de faire présumer l'aptitude d'une personne n'ayant pas encore atteint l'âge légal et de lui octroyer une capacité juridique entière⁵. Elle constitue autant une exception au caractère d'ordre public qu'à l'indisponibilité de l'autorité parentale, car le parent ne peut en principe renoncer ni à l'autorité parentale sur l'enfant ni aux obligations mises à sa charges⁶. Dans un premier temps, le Code civil de 1804 prévoyait l'émancipation comme une période de transition entre la minorité et la majorité civile qui n'était acquise qu'à vingt-et-un ans⁷. Avec

¹ Dégagé par le conseil constitutionnel de l'alinéa 10 du préambule de la constitution de 1946 et rattaché plus généralement au droit à la vie privée de l'article 2 de la DDHC de 1789. V. sur ce point : F. Monéger « Le Conseil constitutionnel et l'état des personnes », in Dossier : « La constitution et le droit des personnes et de la famille », *nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, avril 2013. Disponible en ligne sur le site du Conseil constitutionnel. Sur la protection de ce droit par la Conv. EDH : CEDH, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit au respect de la vie privée et familiale, *Conseil de l'Europe*, 2019, spéc. pp. 51 s., disponible à l'adresse suivante : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf

² F. Betaille-Gontier, *La capacité naturelle*, thèse dactyl., Bordeaux 1999, n° 276.

³ J. Carbonnier, *Droit civil, tome 1, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, éd. PUF, coll. Quadrige Manuels, 2^{ème} éd., 2017, n° 438 ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 770, n°s 1026 et 1274 ; C. Neirinck « Enfance », *op. cit.*, n° 732.

⁴ 4 253 émancipations volontaires ont été comptabilisées en 1961 et 29 352 en 1973 : v. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 908 ; pour 983 émancipations en 2003 (Annuaire de la Justice, 2005, La documentation française), et 1313 demandes en 2010 (Annuaire statistique de la Justice, éd 2011-2012, La documentation française, p. 45).

⁵ I. Corpart, « Émancipation », in *Rep. civ.*, Dalloz, janvier 2015, n° 10.

⁶ Art. 376 C. civ.

⁷ *Ibid.*, n° 3 ; A. Colin et H. Capitan, *Cours élémentaire de Droit civil français, pré. cit.*, pp. 638 et s., n°s 821 et s. ; F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, Personnalité, incapacité, protection*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, n° 387 ; G. Cornus, « L'âge civil », *op. cit.*, p. 9 ; P. Malaurie, *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, *op. cit.*, n° 642 ; v. *infra* n°48.

l'abaissement de ce seuil à 18 ans en 1974¹, l'intérêt de cette institution s'est posé, car plus ce seuil diminue plus le risque de mettre fin prématurément à la protection des personnes « insuffisamment matures et rarement capables d'assumer totalement leurs actes »² est élevé. Son recours présente une certaine utilité notamment à l'égard des parents-mineurs, car l'émancipation permet de consacrer juridiquement une autonomie factuelle acquise par l'enfant sur les droits de ses parents. L'émancipation en raison des conséquences juridiques est strictement encadrée par la loi, et ne peut être obtenue que par voie judiciaire (A) ou de manière tacite par le biais du mariage (B).

A- L'émancipation judiciaire du parent-mineur

676. En dehors du mariage, l'émancipation ne peut résulter que d'une décision judiciaire. L'émancipation d'un parent-mineur fait l'objet d'une procédure judiciaire et ne peut intervenir de plein droit. L'initiative de cette procédure revient exclusivement aux parents de l'enfant qui n'est que l'objet de cette émancipation (1). La décision finale appartient au juge qui doit s'assurer de l'âge de l'enfant et des motivations à l'origine de cette demande afin d'éviter d'éventuels abus de parents qui chercheraient par le biais de cette procédure à fuir leurs responsabilités (2).

1. L'intervention du juge subordonnée à la volonté exclusive des père et mère

677. L'émancipation judiciaire dans sa forme actuelle n'est intervenue qu'à compter de la loi du 5 juillet 1974³. Lors de la rédaction du Code civil de 1804, l'article 477 octroyait aux parents un droit discrétionnaire qui leur permettait de déclarer l'émancipation de leur enfant. Cette émancipation expresse⁴ prenait la forme d'un acte purement privé, par une simple déclaration solennelle du père, ou à défaut, de la mère⁵, devant le juge de paix qui n'avait d'autre choix que de l'entériner⁶. L'émancipation durant cette période était appréhendée comme un attribut de l'exercice de la puissance paternelle. La loi du 14 décembre 1964⁷ a mis fin à ce lien au profit de la seule titularité de la puissance paternelle,

¹ Loi du 5 juillet 1974, fixant à 18 ans l'âge de la majorité, n° 74-631, JO 7 juillet 1974, p. 7099 ; S. Moreau, « L'émancipation : rajeunissement ou déclin ? [Réflexions au lendemain de la réforme du 5 juillet 1974] », *JCP N*, 1975, I, p. 2718 ; G. Couchez, « La fixation à dix-huit ans de l'âge de la majorité », *JCP*, 1975, I, p. 2684 ; E. Poisson, « L'abaissement de l'âge de la majorité », *D*, 1976, chron. p. 21 ; J. Massip, « L'abaissement de l'âge de la majorité et ses conséquences », *Defrénois* 1974, p. 1121 s. et 1057 s. ; F. Vauvillé, « La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale », *D*, 1990, chron. p. 283.

² I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 8.

³ Loi du 5 juillet 1974, n° 74-631, *op. cit.*

⁴ Par opposition à l'émancipation résultant du mariage qui est qualifiée de tacite, v. *infra* n° 691.

⁵ M. Planiol et G. Ripert *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, par R. Savatier, LGDJ, 1952, n° 617 ; A. Colin et H. Capitan *Cours élémentaires de droit civil français*, *op. cit.*, pp. 641 s., nos 827 et s.

⁶ Le ministère public avait la possibilité de requérir l'annulation de la déclaration, ce qui permettait de contrebalancer le pouvoir du parent en l'absence de contrôle du juge des tutelles et sanctionner les fraudes : pour exemple : TGI Châlons-sur-Marne, 16 février 1972, *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 477, note P. Decheix ; *RTD. civ.* 1973, p. 124, obs. R. Nerson ; Le parquet civil a gardé cette compétence d'appel concernant l'émancipation : article 1240 CPC.

⁷ Loi du 14 décembre 1964 Portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, n° 64-1230, JO 15 décembre 1964, p. 11140 ; A. Rouast, « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale », *JCP* 1975, I, p. 1917, n° 16 ; P. Blondy et G. Morin, *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Defrénois, 4^{ème} éd., 1983, n° 171 ; A. Raison, « Administration légale. Tutelle. Émancipation. Commentaire de la loi du 14 décembre 1964 », *Journ. Not.*, 1965, p. 1969, n° 102.

l'enfant ne pouvant plus être émancipé par son père sans le consentement de sa mère. Le législateur avait considéré que le statut de parent et la titularité de la puissance paternelle suffisaient à conférer le droit d'émanciper l'enfant¹, anticipant sur ce point la coparentalité instituée par la loi du 4 juin 1970², confortée par la loi du 4 mars 2002³. Depuis cette évolution, le droit d'émanciper du parent relève moins de l'autorité parentale que du lien de filiation en lui-même. « L'établissement d'une filiation bilinéaire rendait nécessaire une déclaration conjointe et donc un accord parental »⁴ des deux parents. Ce n'est qu'en cas de divergence que le parent gardien de l'enfant pouvait saisir le juge des tutelles⁵ pour qu'il se prononce sur l'opportunité de l'émancipation⁶ ; en cas d'accord des parents, le rôle du juge se limitait à prendre acte de leur volonté. Ce contrôle d'opportunité concerne aujourd'hui toutes les demandes d'émancipation, la volonté des parents ne s'impose plus au magistrat.

678. La loi du 5 juillet 1974 a mis fin au droit des parents de déclarer l'émancipation de leur enfant. La décision quitte le domaine familial pour s'inscrire dans un cadre judiciaire soumis au contrôle du juge chargé des tutelles, dans le cadre d'une procédure gracieuse. À compter de cette date, l'émancipation perd son caractère automatique et discrétionnaire, si tant est que le juge puisse en contrôler les motifs et le cas échéant, refuser de la prononcer. Les parents ne sont pas totalement dépossédés ils gardent l'initiative de la demande, qui appartient à chacun d'eux. Cette demande peut être formulée de manière conjointe ou n'émaner que de l'un d'entre eux, sans qu'il soit dans l'obligation d'obtenir préalablement l'accord de l'autre, ni même de l'en informer. Lorsque cette démarche est engagée par un seul des parents, l'article 413-2 alinéa 3 du Code civil prévoit que le juge auditionne le second parent avant de statuer, conduisant à l'informer de l'existence de cette procédure. Cette disposition marque la rupture avec une émancipation reposant exclusivement sur une décision parentale, faute pour eux d'être parvenu à l'empêcher, ou de l'imposer au magistrat.

679. L'initiative procédurale repose sur le lien de filiation qui attribue l'autorité parentale aux parents de l'enfant. La loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation ni selon les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Chacun des parents bénéficie d'un droit propre qui lui permet de solliciter l'émancipation de l'enfant, sans que le parent qui exerce l'autorité parentale ne bénéficie d'une prépondérance en la matière sur celui qui ne l'exercerait pas⁷. Cette prépondérance du lien de filiation implique que l'enfant lui-même ne peut introduire valablement cette demande. Il s'agit avant tout d'une

¹ Concernant les situations où le législateur lie certain attribue de l'autorité parentale à sa seule titularité, v. F. Vauvillé, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, thèse dactyl. Lille, 1991, pp. 412 et s.

² Loi du 4 juin 1970, n° 70-459.

³ Loi 4 mars 2002, n° 2002-305.

⁴ I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 35.

⁵ Juge des tutelles dont les compétences ont été transférées au juge aux affaires familiales par la loi du 12 mai 2009 n° 2009-526, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

⁶ Anc. art. 477, al. 4 C. civ.

⁷ P. Salvage-Gerest, « Émancipation », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 476 à 487, n° 21 ; F. Vauvillé « La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale » *D.* 1990, p. 283 ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 620, n° 1027.

action dont l'objet porte sur l'organisation des droits parentaux dont l'enfant est l'objet et non le titulaire. Le fondement juridique est le même que celui évoqué pour justifier que l'enfant ne peut saisir valablement le juge aux affaires familiales afin d'organiser les modalités de l'autorité parentale, faute d'un intérêt juridique pour agir¹. L'enjeu judiciaire de l'émancipation se joue moins autour de l'enfant lui-même que sur le devenir des droits parentaux. Ce raisonnement explique en partie la réticence du législateur à lui reconnaître cette possibilité, cela en dépit des nombreuses propositions faites en ce sens² et des législations étrangères qui l'envisagent³. Ce refus du législateur fait l'objet de critiques, car il ferme cette possibilité aux parents-mineurs ; or, « il n'est guère satisfaisant [...], qu'une jeune fille enceinte ne puisse pas diriger sa vie et celle de son enfant [...] »⁴.

680. L'initiative des enfants se limite ici à provoquer un débat sur son émancipation au sein de sa famille, et à faire entendre sa voix devant ses parents. Cette mécanique de dialogue intrafamilial est illustrée par l'article 413-4 du Code civil qui reconnaît à l'enfant sous tutelle, la possibilité de réunir le conseil de famille afin de pouvoir évoquer l'opportunité de son émancipation en cas d'inaction du tuteur⁵. Il ne peut contraindre le conseil de famille ou le tuteur à agir et à introduire cette action, sa demande peut rester lettre morte faute d'intérêt pour agir. En dehors de la tutelle, le Code civil n'envisage pas explicitement cette possibilité, pour autant, rien ne s'oppose à ce qu'il sollicite les titulaires de l'autorité parentale et tente de les convaincre de saisir le juge pour engager la procédure d'émancipation. La loi laisse aux parents toute liberté d'accéder ou non à la demande d'émancipation de leur enfant. L'article 413-4 du Code civil illustre implicitement le fonctionnement familial normal sur cette question.

681. Dans l'éventualité d'une demande déposée par le mineur, la pratique judiciaire est venue pallier son incapacité procédurale. Les magistrats ont accepté que toute requête présentée par l'enfant donne lieu à une convocation des parents afin d'évoquer un sujet qui faisant manifestement l'objet d'un débat familial. Cette convocation peut éventuellement inciter les parents à introduire une action en ce sens ou du moins les contraindre à évoquer la question avec l'enfant en présence du juge. Cette solution par nature précaire repose sur une pratique propre à chaque juridiction⁶, cette tentative de conciliation n'a

¹ V. *supra* nos 357 s.

² F. Dekeuwer-Defossez, *Les droits de l'enfant*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 2018, p. 24 ; J.-P. Rosenczveig (dir.), *De nouveaux droits pour l'enfant ? Oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, 29 janvier 2014, La doc. fr., p. 20, proposition n° 1.96. ; C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984, n° 274 ; Comptes rendus des débats parlementaires relatifs à la loi du 5 juillet 1974, séance du 25 juin 1974, p. 2932 ; Y. Favier « La nécessaire protection des revenus du travail de l'enfant », *AJ. fam.*, 2006, p. 147.

³ Ex. : art. 320 al. 1 C. civ. espagnol : « el Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren [...] » ; « le juge peut accorder l'émancipation aux enfants de 16 ans qui lui en font la demande » ; art. 168 al. 2 du C. civ. québécois, sur l'émancipation simple et art. 175 al. 2 de ce même Code concernant la pleine émancipation.

⁴ F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la famille. Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, *op. cit.*, p. 24, cité par P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 624, n° 1035.

⁵ V. aussi sur l'aptitude de l'enfant à réunir le conseil de famille, art. 1234 CPC.

⁶ F. Vauvillé, « La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale », *op. cit.* ; P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*

aucun véritable fondement juridique. Faute d'avoir été saisi formellement par l'un des parents, le juge ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte et aucun texte ne lui permet de s'auto-saisir de cette question. De plus, il n'est pas certain que l'enfant puisse disposer d'une voie de recours contre la décision d'émancipation, qu'elle soit positive ou négative. En cas de refus, il demeure mineur, le premier degré ne lui était déjà pas ouvert, et aucune modification de son statut ne justifie qu'il en aille autrement en matière d'appel. À l'inverse, si le juge prononce l'émancipation contre son gré, elle ne lui confère ses effets qu'à l'instant où elle devient définitive, après le délai d'appel¹. En conclusion, « tant que les mineurs ne seront pas eux-mêmes acteurs de leur propre émancipation, ils ne le seront probablement à aucun degré de juridiction »². L'émancipation de l'enfant demeure partiellement conditionnée à la volonté des parents qui en tant que titulaires de l'autorité parentale sont les seuls à disposer de la capacité procédurale nécessaire à l'introduction de l'instance.

682. Concernant les tiers, qu'ils soient membres de la famille de l'enfant ou extérieurs à celle-ci, la loi ne leur permet pas de saisir le juge pour solliciter son émancipation. En son temps, la commission dirigée par madame le Professeur Dekeuwer-Defossez avait évoqué la possibilité d'aménager ce recours aux tiers et à l'enfant lui-même. Cette ouverture passait par le filtre du ministère public qui examinait la demande et introduisait, s'il l'estimait justifiée, l'instance en émancipation de l'enfant³. La législation belge⁴ a adopté cette procédure qui limite cette possibilité à l'inaction d'un tuteur dont le pupille remplit les conditions d'émancipation sans pour autant l'étendre à l'inaction des titulaires de l'autorité parentale, contrairement à ce qui était proposé par la commission. Cette proposition n'a pas été retenue, car sur cette question, la saisine du juge demeure une attribution exclusive des parents titulaires de l'autorité. La mise en cohérence des prérogatives parentales par l'émancipation judiciaire d'un parent-mineur est conditionnée à une décision de ses parents, titulaire de l'autorité parentale.

683. Certains auteurs lient l'exercice de l'action aux fins d'émancipation de l'enfant à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant et non pas à sa seule titularité⁵. Cette position les conduit à considérer que seul le parent qui exerce les droits parentaux peut solliciter l'émancipation de son enfant. Dans le cas où l'exercice de l'autorité est détaché de ses titulaires, ils estiment qu'il appartient aux tiers exerçant l'autorité sur la personne de l'enfant de solliciter son émancipation en lieu et place de ses parents, que ce soit dans le cadre d'une délégation volontaire ou forcée⁶, ou encore face à un retrait total des droits parentaux. Dans les autres situations, le droit de solliciter l'émancipation serait conservé

¹ P. Salvage-Gerest, « Minorité et émancipation », *op. cit.*, n° 42 ; J. Massip, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Deffrénois*, 2009, n° 457, p. 380.

² P. Salvage-Gerest, *op. cit.*

³ F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la famille. Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, *op. cit.*, pp. 89 à 90.

⁴ Art. 489 C. civ belge.

⁵ I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 33 : « Demande exclusivement liée à l'exercice de l'autorité parentale » ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 437 ; S. Moreau, *loc. cit.*

⁶ Art. 377 C. civ., v. sur ce point : A. Colin et H. Capitan, *op. cit.*, pp. 641 et s., n° 827, A.

par les parents s'il n'a pas évoqué dans le cadre de la décision de délégation ou de retrait partiel. La possibilité donnée au tiers de solliciter l'émancipation de l'enfant est sujette à critiques, car elle confère à une personne autre que les père et mère la possibilité de mettre fin à des droits pour lesquels elle ne dispose que d'un exercice temporaire. Comment un exercice par nature précaire pourrait-il priver définitivement les titulaires légitimes de ces droits délégués et de la possibilité de retrouver à nouveau l'exercice de l'autorité parentale sur leur enfant¹ ? D'autre part, cette interprétation s'oppose à la lettre de l'article 413-2 alinéa 2 et 3 du Code civil qui ne fait référence qu'aux parents de l'enfant et non au représentant légal ou à un éventuel délégataire². L'action est fondée sur le lien de filiation qui existe entre le parent et l'enfant et non sur l'exercice de l'autorité parentale. Seules, la disparition des titulaires de l'autorité parentale ou leur impossibilité d'exprimer une volonté propre³ justifient que la demande d'émancipation de l'enfant émane du conseil de famille⁴. L'initiative de la procédure n'appartient qu'aux parents de l'enfant et constitue un droit éminemment personnel qui ne saurait être exercé par une personne autre que son titulaire⁵, sans qu'un texte soit nécessaire pour le préciser⁶. En conclusion, il n'y a que les titulaires de l'autorité parentale qui sont en droit de demander l'émancipation, ce qui peut poser un certain nombre de difficultés pratiques, si le parent s'oppose à une émancipation qui irait dans l'intérêt de l'enfant. Le cas échéant, même souhaitée par le parent, l'émancipation est soumise à deux autres conditions, l'une objective qui ne peut intervenir qu'à ses seize ans et l'autre subjective qui implique de vérifier si cette demande repose sur un juste motif.

2. *La nécessité de l'émancipation judiciaire fondée sur un motif légitime*

684. En raison des effets de l'émancipation sur la capacité du mineur, il doit également faire preuve d'une maturité suffisante⁷ et que les circonstances justifient l'acquisition anticipée de la capacité civile⁸. Malgré le fait que le Code de 1804 voyait dans l'émancipation expresse « un acte purement familial quoique solennel »⁹, celle-ci ne pouvait intervenir avant que l'enfant ait atteint un certain âge. Ce seuil variait selon la personne à l'origine de la demande, et intervenait à une époque où la pleine capacité civile était encore fixée à vingt et un ans révolus. Il était alors possible pour le parent de solliciter l'émancipation de son enfant dès l'âge de quinze ans¹⁰ ; le législateur de l'époque faisait confiance à la

¹ P. Salvage-Gerest, « Émancipation », *op. cit.*, n° 28.

² L'émancipation sollicitée dans le cadre de la tutelle fait l'objet de textes spécifiques art. 413-5 s. C. civ.

³ Au sens de l'art. 373 C. civ. ; v. sur ce point : P. Salvage-Gerest, « Émancipation », *op. cit.*, n° 36.

⁴ Art. 413-3 C. civ.

⁵ V. sur ce point : R. Legeais, « L'autorité parentale : étude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée », *Defrénois* 1973, p. 198.

⁶ L'article 377-3 C. civ. apporte une précision inutile et incomplète, car il énonce que le droit de consentir à l'adoption n'est jamais délégué. L'adoption remet en question la filiation dont l'établissement relève d'un droit éminemment personnel des parents, en outre seul ces derniers sont à même de consentir à ce renoncement. L'émancipation devrait elle aussi figurer à l'article, sauf à contredire ce raisonnement et porter une atteinte disproportionnée à l'autorité parentale des parents.

⁷ Ph. Malaurie « Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs », *op. cit.*, n° 642.

⁸ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1024.

⁹ A. Colin, H. Capitant, *op. cit.*, n° 823, A.

¹⁰ Anc. art. 477 C. civ.

particularité du lien qui unit¹ les parents à leur enfant, il atténue les risques d'une émancipation prématurée. Cet âge était porté à dix-huit ans révolus dans le cadre de la tutelle² pour dissuader le tuteur de se décharger prématurément du poids que représentait pour lui la charge tutélaire, cette charge pouvant incomber à une personne autre que les parents³. Il faudra attendre la loi du 14 décembre 1964⁴ pour que ces seuils soient harmonisés au profit à l'âge de dix-huit ans. Il s'est avéré que le lien d'affection qui unit l'enfant à son parent ne permet pas toujours d'éviter un usage abusif par celui-ci de son droit d'émancipation⁵.

685. En abaissant l'âge de la majorité civile à dix-huit ans le 5 juillet 1974⁶, le législateur a été confronté à un choix : soit supprimer l'émancipation judiciaire qui perd tout intérêt, son seuil se confondant avec celui de la pleine majorité, soit au contraire, de la maintenir en diminuant son seuil d'âge⁷. De ces deux possibilités, le législateur a choisi la seconde, et c'est l'âge de seize ans qui a été retenu⁸ pour figurer à l'article 413-2 alinéa 1 du Code civil. Ce nouveau seuil présente l'avantage de correspondre à la fin de l'obligation scolaire⁹ et donc à l'entrée potentielle de l'enfant sur le marché du travail, il répond à un besoin accru d'autonomie de l'enfant¹⁰. Ce choix est critiquable, il semble reposer sur des préoccupations qui renvoient principalement à la capacité juridique du mineur pour lui permettre la conclusion d'actes juridiques, sans aborder spécifiquement sa maturité et l'exercice de ses droits. Il existe dans les différents domaines du droit d'autres seuils qui apparaissent tout aussi pertinents¹¹. L'âge de quinze ans, utilisé par le droit pénal qui *a contrario* reconnaît aux personnes majeures la liberté d'entretenir une relation intime consentie avec des personnes mineures¹², aurait pu être choisi par le législateur. Ce seuil marque l'âge auquel l'enfant est considéré comme suffisamment mature pour comprendre la portée d'une relation sexuelle, mais surtout celui de son aptitude à résister aux avances d'une personne majeure. Ce seuil de l'atteinte sexuelle avait notamment été choisi par le législateur de 1804 en considération de l'âge de la nubilité pour la femme¹³, autrement dit, de la possibilité pour elle de procréer dans le cadre d'une vie de couple librement consentie. En établissant

¹ C. Demolombe, *Traité de la minorité*, t. 2, éd. Auguste Durand, 2^{ème} éd., 1866, n° 191.

² Anc. art. 478 C. civ.

³ A. Colin, H. Capitant, *op. cit.*, n° 823, B.

⁴ Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964, portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, JO 15 décembre 1964, p. 11140.

⁵ *Ibid.* ; les auteurs approuvent la jurisprudence qui est venue réserver aux tribunaux la faculté de contrôler l'usage fait par les parents de ce droit et citent en exemple : CA Paris, 14 nov. 1901, DP. 1902, 2, p. 238, et Trib. Seine, 17 mars 1943, *Sem. jur.* 1943, n° 2274, concl. Baudouin.

⁶ Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974, fixant à 18 ans l'âge de la majorité, JO, 7 juillet 1974, p. 7099.

⁷ V. J. Genton, rapport n° 248 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi tendant à fixer à dix-huit ans l'âge de la majorité, 26 juin 1974, *Sénat*, spéc. pp. 6, 16.

⁸ *Ibid.*, p. 17 : « à partir du moment où l'âge de la majorité civile est abaissé, il est normal que les problèmes qui avaient justifié l'institution de l'émancipation à dix-huit ans se posent à un âge plus précoce. D'autre part, l'âge de seize ans correspond à la fin de l'obligation scolaire, donc au passage dans la vie professionnelle pour beaucoup de mineurs. »

⁹ Art. L. 131-1 C. éduc.

¹⁰ P. Bonfils, A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, pp. 618 s., n° 1024.

¹¹ Pour une vision de ces différents seuils v. dossier « jeunesse et droit », *AJ. fam.*, octobre 2017, pp. 511 s.

¹² Art. 227-24 CP.

¹³ V. *infra* n° 693 ; anc. art. 144 C. civ. : « l'homme avant dix-huit ans révolus et la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage ».

des seuils différents sur la question du seuil objectif de maturité nécessaire aux individus pour mener une vie de couple et le cas échéant une vie familiale « normale », la loi a perdu de sa cohérence¹. À cela s'ajoute le fait qu'en consacrant une émancipation exclusivement judiciaire, le législateur aurait pu se dispenser de fixer un nouvel âge plancher. L'appréciation souveraine des juges présente une garantie suffisante concernant les demandes d'émancipation les plus précoces², comme pour le mariage³, le ministère public peut octroyer une dispense d'âge⁴. L'absence de seuil pour l'émancipation judiciaire aurait éventuellement permis d'évoquer la situation juridique des plus jeunes parents confrontés eux aussi, indépendamment de leur âge, aux mêmes difficultés que des parents-mineurs de quelques années leurs aînés. Le débat de l'émancipation se serait alors cristallisé sur l'existence d'un motif légitime justifiant son recours et des besoins réels de protection de l'enfant qui en est l'objet.

686. En mettant fin à la pratique de la « déclaration de majorité »⁵ qu'était jusque-là l'émancipation, la loi de 1974 a privé le parent de son droit d'émanciper. L'émancipation expresse et le droit du parent se sont retrouvés limités à un droit d'initiative procédurale permettant d'engager la procédure judiciaire d'émancipation⁶. Les parents perdent le contrôle de la décision finale au profit du juge aux affaires familiales⁷ qui est chargé de vérifier si cette demande repose sur de « justes motifs »⁸. Ce contrôle permet d'éviter que ne se reproduise les abus de certains parents dans l'usage qu'ils faisaient de l'émancipation expresse⁹. Cette notion ne se confond pas totalement avec l'« intérêt de l'enfant », quand bien même les motifs avancés par le parent ne sauraient être considérés comme justes s'ils sont contraires à cet intérêt¹⁰. La raréfaction de l'émancipation judiciaire tiendrait pour partie de ce contrôle¹¹ auquel s'ajoutent les délais d'audience, qui limitent l'intérêt pratique à cette procédure¹². Ne peut

¹ X. Labbé, « Faut-il repenser l'émancipation ? », *Gaz. Pal.* 13 février 2018, n° 6, p. 12 ; certains auteurs proposent de rehausser l'âge du consentement sexuel et de la procréation à dix-huit ans, v. L. Raschel, « L'âge de procréer », *Gaz. Pal.* 3 janvier 2009, p. 14 ; D. Fasquelle, C. Brunetti-Pons, « Pour la protection des personnes dans l'âge fragile et vulnérable de l'enfance et de l'adolescence », *Dr. fam.* avril 2014, étude n° 5 ; une proposition de loi n° 174 du 29 janvier 2014 visant à la protection des personnes dans l'âge fragile et vulnérable de l'enfance ou de l'adolescence envisageait une nouvelle rédaction pour l'article 227-25 du Code pénal. Cette nouvelle rédaction était la suivante : « Le fait pour un majeur d'exercer sans violence contrainte, menace, ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de moins de dix-huit ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende », proposition qui n'a pas été retenue.

² I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 30.

³ V. *infra* n°s 696 s.

⁴ Art. 145 C. civ.

⁵ P. Bonfils, A. Gouttenoire *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 618, n° 1030.

⁶ V. *supra* n° 681 ; F. Vauvillé « La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale », *D.* 1990, p. 283.

⁷ Anciennement, cette attribution revenait au juge des tutelles mineurs, ses compétences ont été confiées au juge aux affaires familiales depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 qui a créé l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire.

⁸ Art. 413-2 al. 2 C. civ.

⁹ V. sur ce point, I. Corpart. « Émancipation », *op. cit.*, n°s 61 et s.

¹⁰ P. Salvage-Gerest, « Émancipation », *op. cit.*, n° 40 ; v. aussi : CA Fort-de-France, 26 novembre 2010, n° 10/000032 : *Juris-Data* n° 2010-028234 ; *Dr. fam.* 2011, comm. p. 97, obs. C. Neirincx : L'émancipation était autant justifiée par l'intérêt de l'enfant de poursuivre ses études que par l'intérêt de l'établissement qui ne souhaitait pas courir le risque de la minorité de ses élèves et demandait à ce qu'ils aient un représentant légal sur place ou qu'ils soient préalablement émancipés.

¹¹ F. Vauvillé, « La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale », *op. cit.* : « Dans les faits, les demandeurs doivent remplir une requête type remise par le greffier du tribunal d'instance et indiquant, de manière impersonnelle, qu'ils jugent l'enfant "en état de gouverner seul sa personne et ses biens", mais bien souvent, le requérant doit aussi préciser oralement la finalité de sa démarche au greffier ; ce dernier appréciera alors les chances de succès de la demande, au regard des justes motifs d'émancipation localement admis et lui conseillera, le cas échéant, un désistement pourtant prématuré ».

¹² Ces délais peuvent conduire à prononcer l'émancipation alors que l'enfant est devenu entre-temps majeur ou ne sera valable que les quelques mois qui le séparent encore de sa majorité.

constituer un motif légitime la volonté du parent de se décharger d'une partie de ses responsabilités envers l'enfant ou celle visant à mettre fin à un régime protecteur qui lui semble trop contraignant¹. Dans une certaine mesure, « ces "justes motifs" peuvent être d'ordre général lorsqu'il s'agit notamment de traduire en droit une liberté que l'intéressé a déjà acquise en fait en n'habitant plus chez ses parents et en ayant une profession »². Cette vision de la légitimité des motifs rapproche l'institution de l'émancipation pour « vie autonome » connue par le droit espagnol³. Cela peut s'appliquer au cas d'un enfant qui aurait signé un contrat de travail, qui le conduirait à vivre loin de sa famille et à acquérir une véritable indépendance ou encore à un enfant qui deviendrait le soutien matériel de la famille après le décès de l'un de ses parents⁴. La charge de famille constitue, dans ces conditions, un motif légitime. L'émancipation est généralement accordée dans les cas où l'enfant a besoin d'une autonomie juridique pour lui permettre d'engager des démarches de nature personnelle telle qu'une instance en recherche de filiation⁵. L'émancipation d'un parent-mineur peut donc se concevoir, lorsqu'il s'agit de lui faciliter l'exercice de ses droits parentaux. À ce sujet, la doctrine considère de manière unanime que la maternité ou la paternité constitue un motif légitime d'émancipation des parents⁶.

687. Le motif légitime à lui seul ne suffit pas pour garantir l'émancipation de l'enfant. Encore faut-il que le magistrat s'assure qu'il est suffisamment préparé pour exercer personnellement ses droits. Les effets de l'émancipation impliquent de s'assurer de sa maturité et de son discernement, car il sera amené à prendre seul toutes les décisions qui le concernent et donc à protéger seul ses intérêts. Le mineur doit aussi faire preuve d'une capacité de gestion suffisante pour administrer son patrimoine. Ce n'est qu'après ces vérifications que le juge pourra faire droit ou non à la demande d'émancipation des parents et d'en apprécier véritablement la légitimité des motifs, « pouvoir se prévaloir de "justes motifs" est peu fréquent eu égard au public visé, les jeunes gens âgés de 16 à 18 ans n'étant guère autonomes et suffisamment matures »⁷. Une demande d'émancipation a pu être écartée par le simple fait que « le mineur n'avait aucune compétence en matière de gestion de patrimoine, qu'il avait arrêté ses études et ne faisait rien »⁸. En d'autres termes, l'enfant n'avait ni la maturité ni les compétences de gestion nécessaires pour son émancipation. La loi du 8 janvier 1993⁹ a rendu l'audition de l'enfant obligatoire

¹ V. CA Bordeaux, 6^{ème} civ., 20 mars 2012, n° 11/06774 : *Juris-Data* n° 2012-005585 ; *Dr. fam.*, juin 2012, comm. p. 103, obs. I. Maria. En l'espèce, la mère estimait indispensable que la gestion des biens de l'enfant ne soit plus soumise aux lourdeurs imposées par la tutelle, elle souhaitait obtenir l'émancipation de l'enfant. Demande qui a été rejetée.

² P. Salvage-Gerest, « Émancipation », *op. cit.* ; pour des exemples concrets de justes motifs v. I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 64.

³ Art. 319 et 164 al. 5, C. civ. esp.

⁴ Exemples évoqués par P. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1030.

⁵ CA Paris, 1^{ère} ch. C., 6 novembre 1997, *Juris-Data* n° 1997-851230, *Gaz. Pal.* 1997, 2, jurispr. p. 703, obs. T. Garé.

⁶ *Ibid.* ; I. Corpart, « Le déclin de l'émancipation des mineurs » *JCP. N.* 2003, p. 1523 ; X. Labbée « Faut-il repenser l'émancipation ? » *op. cit.* ; ce motif intervient plus fréquemment dans le cadre du mariage au soutien d'une demande de dérogation d'âge auprès du procureur de la République ; v. *infra* n° 697.

⁷ I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 65.

⁸ CA Bordeaux, 6^{ème} civ., 20 mars 2012, *op. cit.*

⁹ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JO* 9 janvier 1993 ; *D.* 1993, p. 179.

par le juge, consacrant ainsi les pratiques des magistrats qui le recevaient systématiquement pour connaître son avis et lui expliquer les conséquences de cette décision sur son avenir¹. Si certains auteurs voyaient dans l'absence d'audition une atteinte au respect des droits de l'enfant², il semble qu'il s'agit davantage pour le législateur de s'assurer que le juge procède systématiquement à la vérification de la maturité de l'enfant. Le mineur ne dispose pas d'un droit de veto sur la décision finale qui ne requiert pas son consentement³ et son audition n'est pas nécessaire en cas de rejet de la demande⁴. Si ce droit n'est plus intégralement un droit parental, il n'est pas encore un droit de l'enfant qui n'en est que l'objet, ce qui permet d'expliquer la place modeste qui lui est accordée durant une procédure dont l'élément déclencheur est une décision prise dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale⁵.

688. Si l'accès du mineur au statut de parent constitue un motif légitime, encore faut-il que ce dernier puisse faire preuve d'une maturité personnelle suffisante et d'une capacité de gestion reconnue pour être dispensé de sa protection. L'exercice de l'autorité parentale ne permet pas, à lui tout seul, de justifier d'une quelconque maturité personnelle, car le parent-mineur demeure sous l'autorité de ses parents. Il se peut par exemple que son enfant fasse l'objet d'une mesure d'assistance éducative, compte tenu des difficultés qu'il rencontre dans l'exercice de ses droits parentaux et qui l'exposeraient à un danger. Le parent-mineur doit avoir préalablement fait ses preuves pour « mériter » l'émancipation judiciaire. Elle n'intervient donc généralement que pour consacrer juridiquement une émancipation de fait et les libertés que l'enfant a déjà acquises sur l'autorité parentale. Elle n'est possible que dans la situation où les parents ont déjà renoncé à exercer leurs droits en se mettant en retrait de l'organisation de la vie de leur enfant et qu'ils acceptent d'introduire une demande en ce sens, sauf à reconnaître au mineur cette possibilité comme évoqué par un auteur⁶. Ces difficultés font que le recours à l'émancipation tacite du mariage a été préféré pendant longtemps pour résoudre la situation juridique des parents-mineurs.

¹ F. Vauvillé, *op. cit.* ; soit neuf ans avant la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui demande à ce que le parent associe l'enfant à toutes les décisions qui le concernent.

² *Ibid.* ; J. Bonnard, « La garde du mineur et son sentiment personnel », *RTD. civ.* 1991, p. 49.

³ En pratique il apparaît peu probable qu'une émancipation soit prononcée contre l'avis de l'enfant, bien que cette éventualité soit offerte par la loi.

⁴ P. Bonfils, A. Gouttenoire *Droit des mineurs, op. cit.*, p. 623, n° 1033.

⁵ Sur ce point v. *supra* n°s 682 s.

⁶ F. Dekeuwer-Defossez, *Droit des enfants*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 2018, p. 30 ; proposition déjà envisagée par l'auteur dans le cadre du rapport réalisé sous sa direction : *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice, 1999, La doc. fr., p. 90.

B- L'émancipation légale du parent-mineur par le mariage

689. L'émancipation « légale » ou « tacite », en opposition à l'émancipation judiciaire, est un effet incident du mariage qui intervient de plein droit avec la célébration. L'accès des enfants à l'institution du mariage, fait l'objet d'un encadrement pour éviter d'une part les engagements inconsidérés et d'autre part pour diminuer les risques que représentent les unions forcées. L'émancipation par le mariage demeure possible sous réserve de l'existence d'un « motif grave » (1) et à la condition qu'il fasse l'objet d'un consentement personnel du mineur et que l'union soit acceptée par l'un de ses parents (2).

1. La restriction de l'accès des mineurs à l'émancipation légale

690. Pendant un temps, la loi prévoyait deux causes d'émancipation de plein droit, celle obtenue par le mariage¹ qui existe encore de nos jours et celle résultant de l'accomplissement du service national actif des hommes, ou du service national féminin. L'émancipation « par les armes » avait été consacrée par la loi du 3 juin 1971² pour mettre en cohérence le droit privé avec le droit public qui octroyait au statut de conscript la qualité d'électeur, depuis une loi du 9 juillet 1970³. Si les mineurs de l'époque, âgés de dix-neuf ans, étaient considérés comme suffisamment matures pour servir sous les drapeaux⁴ et voter, comment justifier le maintien d'une protection civile qui reposait sur une présomption d'immaturité, sans risquer la contradiction ? Cette loi a fait l'objet de nombreuses critiques, car elle créait des inégalités entre les jeunes et offrait la possibilité de contourner le refus des parents d'autoriser le mariage ou d'engager la procédure d'émancipation⁵. La loi du 5 juillet 1974⁶ en abaissant l'âge de la majorité civile à dix-huit ans révolus a rendu caduque les dispositions conférant au service militaire une nature émancipatrice⁷. Le mariage reste la seule cause d'émancipation légale extra-judiciaire⁸, car ni le pacte civil de solidarité⁹, ni le concubinage¹⁰ ne confèrent l'émancipation de plein droit. L'article 515-1 du Code civil limite la conclusion d'un pacte civil de solidarité aux seuls couples composés de personnes majeures¹¹ et le concubinage n'est pas envisageable en raison de l'obligation de cohabitation légale de

¹ Art. 413-1 C. civ. (anc. art. 476).

² Loi n° 71-407 du 3 juin 1971, relative à l'émancipation des jeunes gens qui ont accompli le service national actif, *JO* 5 juin 1971 ; *D.* 1971.229.

³ Loi n° 70-596 du 9 juillet 1970, relative au service national, *JO* 10 juillet 1970 ; *D.* 1970, p. 178.

⁴ Ce qui implique de manier une arme et de s'exposer à un risque de mort prématurée.

⁵ M. Dagot, P. Spitéri, « Chronique de l'actualité législative et parlementaire », *JCP G* 1971, I, p. 2412, n° 7 ; I. Tallon, « Y a-t-il deux régimes d'émancipation ? », *JCP G* 1972, I, p. 2482, n° 8 : « le port des armes tel qu'il est pratiqué actuellement entraîne une présomption de maturité aux affaires et au mariage ». L'auteur soulignait par ailleurs que les enfants-mineurs mariés ne se voyait pas accorder le droit de vote ... (*Ibid.* n° 9).

⁶ Loi n° 74-631, 5 juillet 1974, *op. cit.*

⁷ P. Salvage-Gerest, « Émancipation », *op. cit.*, n° 9.

⁸ Du moins jusqu'à la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, Renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commise contre les mineurs, *JO*, 5 avril 2006, p. 5097, texte n° 1 ; v. *infra* n° 696.

⁹ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité, *JO* 16 novembre 1999, p. 16959, texte n° 1.

¹⁰ Art. 515-8 C. civ.

¹¹ Pour une critique de cette limitation : X. Labbé, « Le mariage homosexuel est-il ouvert aux mineurs ? », *Gaz. Pal.*, 31 janvier 2013, n° 031 ; v. aussi, J.-J. Lemouland, « Vers un droit commun de la formation des couples », *LP4*, 20 décembre 2007, n° 254. 13 ; sur la conclusion du PACS par un majeur protégé : J.-J. Lemouland, D. Vigneau, « Droit des couples », *D.* 2007, p. 1561 ; G. Raoul-Cormeil, « PACS et tutelle : l'objet de l'autorisation judiciaire », *D.* 2018, p. 403. N. Peterka, « Conclusion d'un PACS par un majeur sous tutelle : conditions de l'autorisation du juge », *D. actu.* 4 décembre 2007.

l'enfant avec ses parents. Il convient de souligner que cette cohabitation peut être levée sous réserve d'une autorisation parentale¹, ils peuvent donc accepter que leur enfant ait une vie indépendante de la leur et qu'il puisse emménager avec un éventuel compagnon. Les situations de concubinage ne sont donc pas impossibles, mais cette autorisation de quitter le domicile familial ne vaut pas renoncement à l'ensemble de leurs droits sur l'enfant. L'exercice n'en devient que plus difficile pour les parents, faute de vie commune, ils ne sont plus en capacité d'assurer la garde et la surveillance du mineur au quotidien. La vie de couple à elle seule ne suffit pas à obtenir l'émancipation, bien que certains auteurs le regrettent², ce qui fait du mariage civil la seule alternative à l'émancipation judiciaire.

691. Tout comme l'émancipation judiciaire, l'émancipation par mariage ne peut intervenir avant que l'enfant ait atteint un certain âge. Considéré depuis le droit romain comme étant celui de la puberté, l'âge matrimonial a été reculé à plusieurs occasions. Cet âge de la nubilité avait été fixé dans le Code civil de 1804 à quinze ans pour les femmes et à dix-huit ans pour les hommes³. Sur ce point, un sociologue observe que cet écart a longtemps été justifié par des discours médicaux invoquant la puberté précoce des jeunes femmes, ce qui aurait contribué à instaurer durablement dans les mœurs l'écart d'âge pouvant être socialement accepté entre les partenaires d'un même couple⁴. Cette différence d'âge se trouvait déjà dans les législations antérieures. Que ce soit pour le droit canonique médiéval qui fixait à douze ans la nubilité des filles et quatorze ans celle des garçons⁵, ou pour le droit révolutionnaire qui l'a rehaussée respectivement à treize et quinze ans, il apparaît que « cette évolution traduisait déjà l'idée que l'âge minimal était moins requis pour des raisons biologiques, qu'intellectuelles »⁶. La protection juridique des mineurs est incompatible avec l'état d'époux qui suppose une certaine indépendance patrimoniale et extrapatrimoniale, puisque « les jeunes gens quittent leurs parents pour fonder un nouveau foyer⁷ et il convient qu'ils deviennent autonomes. Pour les rédacteurs du Code civil de 1804, c'est l'indépendance du mari qui était visée. Il fallait qu'il soit à même d'exercer « sans entraves la puissance maritale et la puissance paternelle »⁸. Le caractère indissociable entre le mariage et l'indépendance juridique, qui fonde l'émancipation légale se doit de profiter aux deux époux, car on

¹ Art. 371-3 C. civ.

² J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 438 ; I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 21 ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, n° 1274 ; F. Rogue, « L'enfant du mineur à l'épreuve du droit de la santé », *RDSS* 2016, p. 722 ; F. Dekeuwer-Défossez, note sous CA Dijon, 4 juillet 2012, n° 12-00315, *LPA*, 12 août 2013, n° 160, p. 3 ; J. Hauser, « Autorité parentale et administration légale par un parent mineur », *RTD. civ.*, 2013, p. 818, note ss. CA Dijon, 4 juillet 2012, *op. cit.*

³ Art. 144 C. civ. (anc.) : « L'homme avant dix-huit ans révolus et la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage ».

⁴ M. Bozon, J. Rennes, « Histoire des normes sexuelles : l'emprise de l'âge et du genre », *Clio, Femme, Genre, Histoire* [En ligne], 2015, mis en ligne le 5 février 2016, <http://cliot.revue.org/12823>, p.10 [consulté le 1^{er} octobre 2019].

⁵ V. J. Gaudemet, *Le mariage en Occident*, éd. Cerf, 1997, spéc. pp. 197-198 ; le seuil actuel du droit canonique est de seize ans accomplis pour l'homme et de quatorze ans pour la femme (art. 1083 § 1).

⁶ A.-M. Leroyer, « Mariage-Couple- Communauté de vie », *RTD. civ.*, 2006, p. 402 ; D'autant qu'une enquête réalisée en 1994 par l'INED constate que la puberté intervient vers les 15 ans pour les garçons et vers 13 ans pour les filles : E. De La Rochebrochard, « La puberté des filles et des garçons en France », *Population* n° 6, Ined, 1999 ; v. aussi : Enquête Analyse du comportement sexuel des jeunes (ACSJ), menée en 1994 par l'Agence nationale de recherches sur le sida (ANRS) auprès de 6175 adolescent-e-s (3 341 garçons et 2 834 filles), né-e-s entre 1975 et 1978.

⁷ Art. 215 al. 1 C. civ. les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. Ce qui nécessite de mettre préalablement fin à l'obligation de cohabitation de l'art. 371-3 C. civ.

⁸ I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 16.

leur attribue les mêmes droits et obligations au sein du foyer qu'ils vont constituer¹. L'ancien article 185 du Code civil, qui n'a été abrogé qu'en 2007², prévoyait que le mariage contracté par des époux qui n'avaient pas encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait pas atteint cet âge, ne pouvait plus être attaqué sur sa validité notamment « lorsque la femme, qui n'avait point cet âge, a[va]it conçu avant l'échéance de six mois. » Par cet article, la loi permettait le mariage d'une femme de moins de quinze ans dès lors qu'elle était déjà enceinte avant son mariage son état de grossesse démontrait « qu'elle était suffisamment pubère et qu'une dispense d'âge aurait dû être accordée si on l'avait sollicitée »³. L'union n'avait ici d'autre objet que de donner une existence légale à ce foyer et l'autonomie juridique nécessaire à la mère. Ce raisonnement permet de comprendre pourquoi la question des parents-mineurs s'est finalement posé récemment y compris à l'égard des plus jeunes parents. Elle est née à la fois de l'essoufflement du mariage combiné au mouvement d'égalité entre les hommes et les femmes dans l'exercice de leurs droits. Cette question a pris d'autant plus d'importance que la loi du 4 avril 2006⁴ est venue modifier l'âge légal du mariage pour les femmes et l'a fixé à dix-huit ans révolus comme pour les hommes. Cette modification fait écho à plusieurs rapports⁵ dont les propositions allaient en ce sens, afin que la France accepte de respecter les engagements lors de la ratification de la convention de New York du 10 décembre 1962⁶.

692. En 1999, une discordance profonde était apparue entre la règle légale et la pratique sociale, l'âge du mariage intervenant de plus en plus tardivement, le rapport réalisé sous la direction du professeur Dekeuwer-Défossez estimait qu'il n'y avait plus grand intérêt à écrire dans la loi que les filles sont nubiles à quinze ans, car pour apprécier la capacité des futurs époux à contracter mariage la maturité psychologique paraissait plus significative que l'aptitude aux rapports conjugaux⁷. Cette maturité psychologique est présumée uniformément à compter des dix-huit ans, quel que soit le sexe de l'époux. L'objectif avancé est de favoriser l'égalité homme-femme et lutter contre les mariages forcés de mineurs,

¹ *Ibid.* ; F. Luchaire, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD. civ.* 1982, p. 245, spéc. p. 260, l'auteur considère que l'ancien article 476 C. civ (devenu 413-1) aurait valeur constitutionnelle, car le préambule de la constitution de 1946 intégré au bloc de constitutionnalité, prévoit que « la Nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement ».

² Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *JO* du 21 novembre 2007 page 18993, texte n° 1.

³ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, *op. cit.*, n° 225, p. 188 ; sur la dispense d'âge : v. *infra* nos 696 s.

⁴ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, *op. cit.* ; *D.* 2006, p. 1414, comm. J.-J. Lemouland ; *D.* 2006, p. 2350, comm. D. Viriot-Barrial ; *RTD. civ.* 2006, p. 402, comm. A.-M. Leroyer ; *RLDC* 2007/35, n° 2403, comm. I. Corpart.

⁵ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies et Conseil de l'Europe, « Enfants victimes : éradiquons toutes formes de violences, d'exploitation et d'abus », rec. 1723 [2005], 5 octobre 2005, nos 4 et 14 ; F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, *op. cit.* ; le rapport annuel du Défenseur des enfants de 2004, pp. 66 et s. ; UNFPA, *La mère-enfant, état de la population mondiale*, 2013, pp. V et s. ; P. Bloche, V. Pecresse, *L'enfant d'abord*, rapp. n° 2832 de la Mission d'information sur la famille et les droits des enfants, 25 janvier 2006, p. 121.

⁶ Convention de New York du 10 décembre 1962 relative au Consentement au mariage, à l'âge minimum pour le mariage et aux registres matrimoniaux, des Nations Unies ; et la Convention du conseil de l'Europe dite d'« Istanbul », Relative à la lutte contre les violences contre les femmes et les violences domestiques, ratifiée par la France le 4 juillet 2014.

⁷ F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, *op. cit.*, p. 93.

pour également les préserver des dérives de certains parents¹, qui utilisaient leurs droits pour contraindre leur enfant à une union qu'il n'avait pas choisie. Cette situation n'est pas sans rappeler celle dans laquelle ont pu se trouver les mineurs qui souhaitaient recourir à l'interruption de grossesse, car elles se heurtaient au refus de leurs parents, ce qui les contraignait à poursuivre leur grossesse et à subir un choix qui n'était pas le leur². Contrairement à l'IVG, le choix a été fait d'opter pour une incapacité de jouissance de principe des personnes mineures du droit de se marier et une limitation de leur liberté matrimoniale, bien que le rôle occupé par la décision parentale à l'origine des pressions ait également diminué, la crainte révérencielle³ étant devenue une cause de nullité du contrat⁴. Une raison peut être avancée pour comprendre le choix du législateur de réserver le mariage aux personnes majeures et ne pas aborder le mariage comme un droit éminemment personnel⁵ : là où l'exercice des droits portant sur la sexualité ou la filiation ne peuvent attendre, le mariage peut patienter jusqu'à la majorité⁶. Ce choix qui semble indéniablement dicté par la protection de l'enfant contre l'abus parental contribue à l'incohérence de notre législation qui recourt à des seuils d'âge différents, pourtant interdépendant dans leur ensemble, car ils conditionnent l'aptitude des individus à fonder leur propre foyer. Le mariage ne représente aujourd'hui qu'une éventuelle étape sur le cheminement du couple et de la famille.

693. Cette référence à l'âge apparaît comme un moyen permettant de s'assurer de la maturité nécessaire à la validité du consentement de l'enfant et de la fermeté de sa décision⁷. Si la consécration d'un seuil d'âge offre par son objectivité une certaine sécurité juridique, cette technique législative souffre inévitablement d'une rigidité qui ne permet pas de l'adapter aux situations particulières. Ce recours conduit à fixer dans la loi les mœurs de l'époque dans laquelle elles s'inscrivent, et ne lui permet pas d'évoluer avec la société qu'elle est amenée à organiser. Ces évolutions sont nécessairement conditionnées à l'intervention d'un législateur qui peine à les envisager dans leur globalité, ou qui poursuit un objectif autre que celui pour lequel l'âge a été instauré. Ces interventions peuvent générer des situations juridiques improbables qui semblent tenir du paradoxe, comme l'illustre si bien la situation des parents-mineurs. Pourquoi considérer qu'un enfant est apte à consentir valablement à un

¹ G. Geoffroy, rapport n° 2726, sur la proposition de loi adoptée par le Sénat, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, 7 décembre 2005, *Assemblée nationale*, p. 12 ; A.-M. Leroyer, *op. cit.* ; pour une critique de l'efficacité de cette loi : V. Larribau-Terneyre, « La loi contre la tradition : La lutte contre les mariages forcés par le relèvement de l'âge légal du mariage des femmes », *Dr. fam.*, mai 2005, p. 3 ; précisons que si l'union est par principe impossible avant dix-huit ans, il n'existe pas d'âge légal pour se fiancer. La contrainte des enfants pourrait éventuellement se déporter d'une institution à l'autre. Si le mariage se doit d'être consommé les fiançailles ne sont pas soumises à cette obligation, ni à celle d'une communauté de vie.

² V. *supra* nos 64.

³ Sur la notion : Y. Guenzoui, « La crainte révérencielle », *D.* 2010, p. 984.

⁴ Art. 180 C. civ. ; loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JO* 5 avril 2006 page 5097, texte n° 1.

⁵ Conception qui n'est pas exempte d'inconvénient comme le démontre l'évolution des dispositions encadrant le mariage des majeurs protégés, l'autorisation laissant place à une absence d'opposition, v. sur ce point, A. Batteur, L. Mauger-Vielpeau et G. Raoul-Cormeil, « La conclusion forcée du contrat de mariage du majeur protégé », *D.* 2019, p. 825.

⁶ I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 96.

⁷ V. *supra* n° 693.

acte sexuel avec un adulte dès quinze ans¹, qu'il peut reconnaître l'enfant né de cette relation², pourquoi lui attribuer l'autorité parentale ainsi que son exercice, à la seule réserve d'exprimer une volonté propre³, pour finalement considérer qu'il n'est pas suffisamment mature pour consentir à son mariage et lui refuser l'indépendance requise pour fonder son propre foyer ? Tant que l'enfant n'est pas émancipé, il reste soumis à l'obligation de résidence au foyer de ses parents de l'article 371-3 du Code civil, sauf s'ils ont accepté son départ du domicile, créant ainsi une émancipation de fait. Cette liberté accordée à l'enfant résulte du simple éloignement d'avec ses parents qui ne pourront exercer quotidiennement leur autorité parentale faute d'une véritable communauté de vie. Le concubinage n'offre pas aux concubins le même degré de protection que le mariage, ils ne sont pas tenus à une obligation d'assistance ou de secours, permettant de contraindre l'autre à participer aux dépenses du ménage ou susceptible de compenser les effets de la rupture qui peut être unilatérale. En cherchant à protéger l'enfant de son parent en limitant son accès à une institution destinée à protéger l'organisation familiale, le législateur l'expose à une plus grande précarité⁴.

694. La voie de l'émancipation légale n'a pas été totalement fermée, le Code civil prévoit une exception ouvrant l'institution aux mineurs. Si l'article 144 du Code civil énonce que « le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus », l'article suivant précise que « néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de la célébration du mariage, d'accorder une dispense d'âge pour des motifs graves ». Ce texte dans sa version issue de la loi du 23 décembre 1970⁵ n'a pas été modifié par la loi de 2006. Son sens et sa portée en ont été profondément bouleversés suite à l'élévation de l'âge du mariage. Avant 2006, il n'avait vocation à s'appliquer qu'aux femmes de moins de quinze ans et aux hommes de moins de dix-huit ans, aujourd'hui il concerne uniformément toute personne mineure qui souhaite se marier. En élevant cette limite d'âge à dix-huit ans, la dispense du ministère public devient une condition propre au mariage des mineurs, qui se doit d'être justifiée par l'existence d'un motif grave laissé à l'appréciation souveraine du parquet civil⁶.

¹ Art. 227-25 CP.

² V. *supra* n° 137.

³ Au sens de l'art. 373 C. civ.

⁴ Ce constat est tempéré par l'existence de l'enfant, qui permet au parent-mineur de saisir le juge aux affaires familiales pour organiser l'exercice de l'autorité parentale et donc sa relation avec l'autre parent.

⁵ Loi n° 70-1266, du 23 décembre 1970, Modifiant les dispositions de l'art. 145 du Code civil relatives aux dispenses d'âge en vue du mariage, *JO*, 29 décembre 1970, p. 12148 ; antérieurement à cette loi les dispenses étaient données par décret du chef de l'État ; M. Lamarche, J.-J. Lemouland « Mariage, conditions de formation », in *Rep. civ.*, Dalloz, janvier 2014 (actualisation avril 2019), n° 10.

⁶ Ce qui pose des difficultés pour l'articulation du mariage avec les dispositions du Code pénal protégeant les mineurs de moins de quinze ans en matière d'infraction sexuelle sans contrainte : sur ce point v. H. Gal, « Les dispenses d'âge fondées sur l'état de grossesse de la future épouse et le nouvel article 331 du Code pénal », *JCP* 1948, I, p. 687 ; les dispositions de l'ancien article 331 CP ont été reprises à l'art. 227-25 CP ; v. aussi : M. Portefaix, *Le parent incapable*, thèse dactyl. Lyon III, 2006, n° 81.

695. Sur la notion de « motif grave » auquel l'article se réfère, la doctrine apparaît unanime et considère que la maternité peut constituer une raison suffisamment grave pour autoriser l'union¹, car elle laisse présumer la puberté du mineur. Un auteur estime que ce système d'autorisation judiciaire avait été rendu nécessaire et urgent par la grossesse et élaboré par le législateur pour faciliter le mariage des parents afin que l'enfant puisse naître dans des conditions de légitimité, conformément aux normes de la société de l'époque². L'auteur précise que c'est dans ces conditions que le poids de la puissance paternelle était allégé, pour donner plus d'importance à la volonté des jeunes gens ; aujourd'hui, en cas de grossesse d'une mineure, ce n'est plus le mariage avec le père qui est favorisé par la loi, mais le recours à l'interruption de grossesse³. Si la doctrine n'envisage que la grossesse de la future épouse, la reconnaissance de paternité d'un mineur devrait aussi être considérée comme un motif grave justifiant cette dérogation, dès lors qu'elle n'est pas juridiquement contestée par un éventuel père biologique. Pourtant le procureur se réserve la possibilité de refuser la dispense malgré l'existence de ce motif, lorsqu'il observe que l'enfant manque de maturité pour assumer la charge d'un foyer ou encore l'absence de vie commune ou de projet d'avenir commun. Quelle décision prendre dans l'hypothèse, d'une mère-mineure que le juge des enfants a placée, et dont son propre enfant fait lui-aussi l'objet d'un placement, et qui sollicite une dispense d'âge pour se marier avec le père avec lequel elle n'a jamais véritablement vécu ? L'existence de « motifs graves » tels que la grossesse ou le statut de parent ne garantissent pas l'octroi de la dispense d'âge. Cette dispense est conditionnée à l'appréciation souveraine du ministère public dont la réponse ne donne pas lieu à une décision de justice⁴, ce qui ne permet pas d'en contester le sens. En pratique, le choix d'accorder ou non une dispense se fera par un contrôle des motifs invoqués par l'enfant, dont la maturité sera contrôlée par le parquet lors de son audition. Et même si le mineur obtient cette dispense, l'émancipation n'est pas encore acquise, encore faut-il qu'il consente personnellement à la célébration et qu'il obtienne l'accord préalable de l'un de ses parents.

¹ A. Colin et H. Capitant *Cours élémentaire de droit civil français, op. cit.*, p. 135 et s., n° 151, les auteurs évoquent par ailleurs une circulaire du ministère de la justice du 28 avril 1832 qui recommandait de ne jamais accorder de dispenses aux garçons avant dix-sept ans, aux filles avant quatorze ans « a moins de circonstance tout à fait extraordinaires » ; v. aussi plus récemment : X. Labbée « Faut-il repenser l'émancipation ? », *Gaz. Pal.*, 13 février 2018, p. 12 ; I. Corpart, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N*, octobre 2003, p. 1523, n° 15 ; J.-J. Lemouland, M. Lamarche, « Mariage, condition de formation », *loc. cit.* C'est aussi le cas de la doctrine Belge qui dispose à ce sujet d'une législation similaire à la France : v. sur ce point : B. Maingain, E. de Wilde d'Estamël, « Belgique -Mariage, divorce, filiation et autorité parentale, obligation alimentaire », *J.-Cl. Droit comparé*, fasc. 2, avril 2009, n° 3.

² F. Dekeuwer-Defossez, « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *Recherches familiales*, 2012/1, n° 9, p. 168.

³ *Ibid.*

⁴ La réponse étant généralement un courrier à destination de l'enfant accordant ou non la dispense accompagnée des éléments qui fondent la décision du procureur de la République.

2. Le mariage du mineur conditionné à l'autorisation de ses parents

696. L'article 146 du Code civil prévoit qu'« il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». L'institution ne diffère pas de la formation de tout contrat¹, car la célébration donne lieu à la conclusion d'un acte juridique. Le consentement matérialise la décision et la volonté des époux lors du contrat. La situation des enfants rencontre deux difficultés récurrentes : d'une part celle de son aptitude à prendre la décision du mariage de manière libre et éclairée, et d'autre part celle de sa capacité juridique. Une analyse qui se limiterait à une application *in abstracto* des mécanismes de protection de la minorité conduit à démontrer l'incapacité de l'enfant en raison de son immaturité, l'empêchant de décider de manière éclairée. Cette incapacité associée à une capacité juridique générale fait que le mineur ne peut valablement conclure le contrat destiné à acter cette décision. Ce raisonnement conduit *in fine* à conclure soit à l'incapacité de jouissance des mineurs qui seraient contraints d'attendre leur majorité pour se marier, soit à confier cette décision aux titulaires de l'autorité parentale qui pourront représenter leur enfant lors de la conclusion du contrat de mariage. Si le droit canonique permet de se marier par procureur², le Code civil a toujours considéré « que la liberté du mariage doit être particulièrement entière et que les époux doivent pouvoir changer d'avis jusqu'au dernier moment³. D'où la nécessité d'une comparution personnelle qui, seule, peut garantir la persistance de leur volonté au moment même de la célébration. »⁴ Le mariage a par nature une durée indéterminée, il conduit la personne à s'engager bien au-delà de la période théorique de sa protection juridique par principe temporaire. Cela offre une première explication de l'exigence d'un consentement personnel émanant des futurs époux ainsi que le fait que cette décision échappe par principe à la volonté des père et mère et donc à leur autorité⁵.

697. La loi fait référence à un seuil d'âge qui permet d'établir le moment à compter duquel l'enfant sera présumé avoir atteint un stade de maturité suffisante pour remplir toutes les qualités attendues chez un époux et consentir valablement à cet engagement. Cette maturité est à la fois physiologique, avec la nécessité d'une puberté⁶ et psychologique sauf si l'enfant a une capacité de discernement suffisante pour comprendre les enjeux de sa décision, mais également, pour qu'il soit à même de fonder un foyer familial autonome. À défaut, c'est la dispense d'âge délivrée par le procureur de la République qui atteste de cette maturité et des capacités intrinsèques de futur époux de l'enfant qui lui est présenté⁷. Le consentement donné par les parents, ou à défaut par les aïeuls⁸ ou le conseil de famille⁹, n'a pas pour

¹ A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, op. cit., p. 136, n° 152.

² R.-J. Pothier, *Contrat de mariage*, éd. Bugnet, t. VI, p. 168, n° 367 ; art. 1104 al. 1 Code canonique de 1983.

³ V. G. Raoul-Cormeil, « Défaut de consentement et défaut d'autorisation à mariage », *D.* 2017, p. 1963.

⁴ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, op. cit.

⁵ Pour comparaison avec le majeur protégé, v. G. Raoul-Cormeil, « Le caractère attitré de la demande d'autorisation à mariage de la personne protégée », *D.* 2016, p. 875.

⁶ Preuve facilitée par l'existence d'une grossesse.

⁷ H. Fulchiron, P. Malaurie, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018, p. 123, n° 174 : cette « règle est surtout fondée sur des raisons physiologiques – la nécessité de la puberté –, mais aussi d'ordre social – afin de fonder un foyer –, il faut une certaine expérience et un minimum de maturité – et aussi d'ordre intellectuel – il faut un éveil psychologique pour donner un consentement éclairé. »

⁸ Art. 152 C. civ.

⁹ Art. 159 C. civ.

objectif de pallier l'imaturité de l'enfant, à défaut cela conduit à substituer sa volonté. Ce consentement ou cette autorisation ne s'inscrit ni dans le cadre d'un exercice de l'autorité parentale, ni dans le cadre d'une représentation légale d'un régime d'assistance¹.

698. La décision du mariage tout comme la demande de dispense d'âge doit émaner du futur époux-mineur au même titre que l'autorisation matrimoniale auprès du juge des tutelles devait émaner du majeur protégé². Ces demandes sont formulées dans le cadre de l'exercice d'un droit de nature éminemment personnelle, pour lequel la personne ne peut disparaître derrière une quelconque protection³. Ce rapprochement permettrait d'expliquer le fait que l'enfant immature (sur le plan physique ou psychologique) se heurte nécessairement à une incapacité de jouissance que les parents ne peuvent pallier par l'exercice de l'autorité parentale, tout comme le tuteur ne pouvait consentir à la place du majeur protégé. Sur cette question, la jurisprudence a pendant un temps refusé, de façon générale, de glisser du terrain du consentement à celui de la capacité, admettant que le majeur pouvait se marier s'il se trouvait dans un « intervalle lucide »⁴, lui laissant la possibilité de consentir valablement sans représentation ou assistance de son protecteur⁵. La loi du 5 mars 2007⁶ a réalisé ce glissement en introduisant un article 460 dans le Code civil. Ce texte a mis l'accent sur la capacité au détriment de l'aptitude en considérant que « le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge ». Son second alinéa ajoute que « le mariage d'une personne en tutelle sera permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il est constitué [...] ». En dépit de ces autorisations préalables, la jurisprudence estime que leur absence ne constitue pas un défaut de consentement au sens de l'article 146 du Code civil qui débouche sur une nullité absolue, mais un « simple » défaut d'autorisation de l'article 182 qui n'offre qu'une nullité relative⁷. Cette précision souligne que les autorisations du protecteur ne viennent pas pallier le consentement du futur époux qui doit être donné de manière valable au moment de la célébration⁸. Dans le cas contraire, la personne est confrontée à une incapacité de jouissance qui ne peut être surmontée par son représentant légal. En dépit des aménagements en matière de capacité, le mariage conserve sa nature éminemment

¹ G. Raoul-Cormeil, « Défaut de consentement et défaut d'autorisation à mariage », *op. cit.*

² Autorisation du juge supprimée par la loi organique n° 2019-221 du 23 mars 2019 relative au renforcement de l'organisation des juridictions, *JO* 24 mars 2019, texte n° 1. V. pour comparaison G. Raoul-Cormeil, « Le caractère attitré de la demande d'autorisation à mariage de la personne protégée », *op. cit.*

³ Cass., civ. 1^{ère}, 2 décembre 2015, n° 14-25777, *Bull. civ.* 2016, n° 841, 1^{ère} Civ., n° 644, *D.* 2015, p. 2560 ; *D.* 2016, p. 875, note G. Raoul-Cormeil ; *D.* 2016, p. 1334, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *D.* 2016, p. 1523, obs. J.-M. Plazy ; *AJ. fam.*, 2016, p. 107, obs. T. Verheyde ; *D. actu.*, 16 décembre 2015, obs. V. Da Silva ; G. Raoul-Cormeil « Le caractère attitré de la demande d'autorisation à mariage de la personne protégée », *pré. cit.* ; du même auteur, « Défaut de consentement et défaut d'autorisation à mariage », *op. cit.* ; J. Hauser, « Le mariage d'un majeur protégé est une acte strictement personnel », *RTD. civ.* 2016, p. 83.

⁴ Cela pose la question de l'évaluation de la lucidité du majeur au moment du consentement, v. S. Morancchini-Zeindenberg, « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD. civ.* 2012, p. 21.

⁵ M. Lamarche, J.-J. Lemouland, « Mariage : condition de formation », *op. cit.*, n° 54 ; l'auteur renvoie aux décisions suivantes : req. 12 novembre 1844, *DP* 1845, 1, p. 98 ; *Rev. crit. législ. et jur.* 1845. 239, obs. Pont ; T. civ. Châlons-sur-Marne, 5 mars 1909, *DP* 1909, 5, p. 47 ; CA Poitiers, 20 décembre 1933, *S.* 1934, 2, p. 23.

⁶ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* 7 mars 2007, p. 4325.

⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 20 avril 2017, n° 16-15632, *Juris-Data* n° 2017-007013, *Dr. fam.*, Juin 2017, comm. p. 141, I. Maria.

⁸ M. Lamarche, « Mariage : condition de formation », *op. cit.*, n° 55 ; J. Massip, « La réforme du droit des incapables majeurs », *Defrénois*, 1968, art. 29199, spéc. n°190.

personnelle¹. Comme la Cour de cassation a pu le rappeler dans un arrêt du 2 décembre 2015² : « si le mariage d'un majeur en tutelle doit être autorisé par le juge des tutelles, il constitue un acte dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation ». Il en résulte que la requête formulée afin d'autoriser un mariage ne peut émaner que de la personne qui souhaite se marier et la célébration ne peut valablement intervenir sans son consentement. Le recours à un système d'autorisation pour un droit éminemment personnel peut s'expliquer en raison de l'adage *Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*³, selon lequel il existe un parallélisme des formes entre l'expression de la volonté de la personne lors du mariage et la conclusion du contrat de mariage. Le majeur protégé qui est soumis à cette autorisation préalable pour se marier, bénéficiera de plein droit d'un régime d'assistance lors de la conclusion du contrat de mariage⁴. Si son consentement demeure nécessaire en raison de l'engagement personnel résultant du mariage, les effets patrimoniaux demandent à ce qu'il bénéficie d'un seuil minimum de protection dans son intérêt comme dans celui de sa famille. Le mariage présente cette particularité qui conduit lors de sa conclusion à engager les époux, mais aussi leur famille dans son ensemble. L'union permet à la personne de créer un lien d'alliance avec son conjoint, ce qui lui ouvre un certain nombre d'avantages au détriment des autres membres de la famille (héritage, solidarité intrafamiliale...). Les mécaniques juridiques qui encadrent le mariage des personnes majeures vulnérables sont marquées à la fois par des impératifs de protection personnelle, mais aussi par une certaine défiance à l'égard des choix réalisés par la personne, qui en raison de sa vulnérabilité peut être exposée avec sa famille à d'éventuelles manipulations. La loi du 23 mars 2019⁵ a modifié l'article 175 du Code civil pour limiter l'intervention du tuteur ou du curateur à un droit d'opposition au mariage⁶ du majeur protégé⁷, tandis que l'article 460 du Code civil n'envisage dorénavant qu'une obligation d'information, la personne chargée de la mesure de protection devant être préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente, qu'il puisse éventuellement s'y opposer⁸.

699. Le régime applicable aux enfants connaît dans son élaboration une certaine similitude. Comme pour le majeur, l'esprit du droit exclut qu'une personne puisse être mariée contre sa volonté, car il s'agit d'un droit éminemment personnel. Le parent ne peut obliger son enfant à se marier ou solliciter à sa

¹ P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L. n° 2007-308 du 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.* 2009, étude n° 17., spéc. n° 10 ; D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LP4*, 4 novembre 2010, pp. 30 s., spéc. nos 29 et s.

² Cass., civ. 1^{ère}, 2 décembre 2015, *op. cit.*

³ Littéralement : « celui qui est capable pour contracter mariage l'est aussi pour le contrat de mariage ».

⁴ Art. 1398 C. civ.

⁵ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JO* 24 mars 2019, texte 2 ; v également la décision du Conseil constitutionnel n° 2019-779, DC du 21 mars 2019.

⁶ Sur la notion d'opposition au mariage : M. Lamarche, J.J. Lemouland, « Mariage : conditions de formation », in *Rep. civ.*, Dalloz, nos 440 s.

⁷ V. G. Raoul-Cormeil, « L'union du majeur protégé (mariage, divorce, PACS) », *Solution Notaire*, 25 avril 2019, p. 19.

⁸ Cette information devant être réalisée avant le dépôt du dossier en mairie, art 63 al.7 C. civ.

place la dispense d'âge auprès du procureur de la République¹. Les parents ne peuvent contraindre une mère à épouser le père de ses enfants et inversement. Comme pour le majeur, les enjeux de l'union civile dépassent les seuls époux. Pour cette raison, le droit romain privilégiait l'intérêt familial sur le caractère personnel de l'institution. L'enfant placé sous la puissance paternelle ne pouvait se marier sans l'accord du *pater familias* quel que soit son âge, alors que l'enfant sans lien familial se mariait librement à compter de sa puberté qui pouvait intervenir dès douze ou quatorze ans². L'intérêt porté par le droit romain à la préservation de la famille d'une éventuelle « mésalliance »³, marque encore aujourd'hui notre législation. Dans un édit de février 1556⁴ le roi Henri II avait décidé que les femmes jusqu'à vingt-cinq ans, les hommes jusqu'à trente ans ne pouvaient se marier sans l'accord de leurs parents ou ascendants, et la jurisprudence admettait qu'au-delà de cet âge, les enfants étaient contraints de leur demander conseil par le biais de « sommations respectueuses ». L'union n'était possible, malgré le refus parental, qu'après avoir formulé deux sommations⁵, ce qui avait généralement pour effet d'aggraver les tensions familiales⁶. La révolution a mis fin à cette législation en limitant le consentement de parents au mariage jusqu'au vingt-et-un ans de l'enfant privilégiant la protection de l'individu. Le Code civil de 1804 a renoué avec l'esprit de l'ancien régime en considérant que les femmes jusqu'à vingt-et-un ans et les hommes jusqu'à vingt-cinq ans ne pouvaient se marier sans le consentement préalable de leurs parents. L'âge de la majorité matrimoniale était postérieur à celui de la majorité civile. Dans ces conditions, le consentement parental ne pouvait être rattaché à l'exercice des droits du parent sur l'enfant. Le consentement parental à l'union résulte de leur lien de filiation, car il survit à la majorité de l'enfant. Le parent ne consent pas au nom de l'enfant, mais en son propre nom. À cela s'ajoute le fait qu'à défaut des parents, ce sont les aïeuls qui délivrent cet accord et les textes ne font aucune référence à l'exercice de la puissance ou de l'autorité des parents⁷. Selon une partie de la doctrine, ce lien avec la filiation tendrait à s'effacer au profit de l'exercice de l'autorité, ce qui ferait du consentement un attribut de l'autorité parentale⁸, tel ne peut être le cas.

700. Ce lien avec l'autorité du parent résulterait de l'effet émancipateur lié au mariage, le rapprochant de l'émancipation judiciaire, renforcé par la nécessité de l'assistance de l'enfant au moment de conclure

¹ Cette demande formulée par une personne autre que l'enfant, qui émanerait par exemple d'un de ses parents ne pourrait valablement être accueillie par le ministère public, sauf à ce que l'enfant vienne par la suite substituer son parent à la demande comme en matière d'action en recherche de parenté, v. *supra* n° 140.

² A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, *op. cit.*, n° 155, p. 139.

³ *Ibid.*

⁴ Édit de février 1556 de Henri II visant à lutter contre les grossesses et les mariages clandestins, *Recueil Général des anciennes lois françaises*, Tome XIII, Gallica, Bibliothèque nationale de France.

⁵ A. Colin et H. Capitant, *op. cit.* ; une déclaration du 26 novembre 1639 allait bien plus loin et frappait les enfants coupables de mariage clandestin de la déchéance de leurs droits successoraux et des avantages qu'ils pourraient tirer du contrat de mariage ou par testament dans la succession des parents outragés.

⁶ *Ibid.*

⁷ Les articles 150 et s. du C. civ. confient le consentement aux aïeuls dès que les parents se trouvent dans l'impossibilité d'exprimer une volonté, cela quand bien même il existerait une tutelle avec un conseil de famille (dont ils peuvent faire partie) qui exerce les droits parentaux sur l'enfant. Le conseil n'a vocation à intervenir qu'en l'absence d'aïeul (art. 159 C. civ.).

⁸ P. Courbe, A. Gouttenoire, *Droit de la famille*, Sirey, 7^{ème} éd., janvier 2017, n° 68 ; H. Fulchiron, P. Malaurie, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^{ème} éd., janvier 2018, n° 213.

le contrat de mariage en vertu de l'adage « *habilis ad nuptias...* » Cette thèse laisse supposer que le parent peut consentir à l'alliance, et exercer si besoin son autorité pour contraindre l'enfant à s'y plier. Le parent ne fait que veiller aux intérêts familiaux et accepte par la même occasion de renoncer à exercer ses droits sur l'enfant¹. Ce principe a été renforcé avec loi du 4 avril 2006² visant à lutter contre les mariages forcés. Bien que notre législation ait toujours envisagé le consentement parental comme un droit d'opposition au mariage dans l'intérêt de l'enfant et de la famille, une certaine pratique l'a progressivement mû en un droit subjectif qui a permis à certains parents de consentir à l'union et de l'imposer à leur enfant³. D'un droit de veto, certains parents en sont venus à s'arroger un droit de décision sur l'avenir matrimonial de leur enfant qui se voit contraint d'épouser une personne qu'elle ou il n'a pas choisie, non pas dans son intérêt exclusif, mais dans celui de la famille. La crainte révérencielle de l'enfant en son parent constitue un vice du consentement du mariage qui entraîne une nullité relative⁴. Si cette pratique a pu être un temps acceptée par notre société⁵ et demeure encore aujourd'hui une préoccupation internationale⁶, la consécration progressive du droit des enfants et des femmes a conduit le législateur à réagir plus fermement en relevant l'âge de la nubilité des femmes à dix-huit ans. En faisant coïncider l'âge du mariage avec celui de la majorité civile qui marque la fin des droits des parents⁷, le législateur a estimé qu'ils ne seraient plus admis à décider pour leur enfant⁸. Pour se marier, les mineurs de tous âges sont obligés de demander personnellement une dispense d'âge auprès du procureur de la République. Ce dernier pourra vérifier les raisons qui motivent cette union et s'assurer de la maturité de l'enfant nécessaire à son émancipation et à la création d'un nouveau foyer⁹. Face à l'importance prise par le ministère public, l'émancipation par le mariage fait l'objet d'une judiciarisation destinée à contrôler l'influence des parents sur leur enfant. L'intervention du magistrat est une condition nécessaire pour préserver le caractère personnel du mariage face à une volonté parentale qui tend parfois à privilégier

¹ V. *infra* nos 716 s. ; l'émancipation ne met pas fin au consentement parental à l'adoption de l'enfant, ni au devoir d'entretien lorsque l'enfant n'est pas capable de subvenir seul à ses besoins.

² Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, *op. cit.*

³ Cette pratique parentale est à rapprocher de la pratique de certains parents à l'égard de l'IVG, à l'origine des évolutions législatives offrant la possibilité aux mineurs d'exercer personnellement ce droit ; v. *supra* n°63 ; Pour une critique de l'autorisation au mariage, v. Voltaire, *L'Ingénu*, éd. GF Flammarion, 2014, p. 95. L'Ingénu une fois informé de la nécessité d'une autorisation des parents de la femme qu'il souhaite épouser (Mademoiselle de Saint-Yves qui est également sa marraine) répond : « qu'il n'avait besoin de personne, qu'il lui paraissait extrêmement ridicule d'aller demander à d'autres ce qu'on devait faire, quand deux parties sont d'accord, on n'a pas besoin d'un tiers pour les accommoder. »

⁴ Art. 180 C. civ.

⁵ Voltaire, *L'Ingénu*, *op. cit.*

⁶ UNFPA, *La mère-enfant*, rapport sur l'état de la population mondiale, 2013, *op. cit.*, pp. 30 et s.

⁷ Le législateur ne semble pas avoir tenu compte de l'éventuelle dépendance financière des jeunes adultes à leurs parents, et qui demeure un excellent moyen de pression, car l'âge de l'entrée dans la vie active tend à reculer.

⁸ G. Geoffroy, rapport n° 2726, sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple., Assemblée nationale, 7 décembre 2005, p. 19 : « par ailleurs, l'élévation de l'âge au mariage des femmes constitue l'un des moyens de lutter contre les mariages forcés. En effet, les familles désireuses d'imposer un époux à leur fille peuvent aujourd'hui le faire d'autant plus aisément que celle-ci est mineure, placée sous leur autorité et donc particulièrement vulnérable aux pressions dont elle fait l'objet. Certes, l'article 146 du Code civil dispose qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement, mais quelle valeur accorder à celui d'une mineure dont la famille a déterminé les modalités de son union et l'identité de son conjoint ? Le phénomène des mariages forcés n'est pas anecdotique, loin s'en faut, puisque selon les informations communiquées par la ministre déléguée à la Parité lors des débats en séance publique au Sénat, ils concerneraient en France près de 70 000 femmes ».

⁹ Motivations qui seront à nouveau vérifiées par l'officier d'état civil conformément à l'article 63 C. civ., qui impose que « l'audition du futur conjoint mineur se fait hors la présence de ses père et mère ou de son représentant légal et de son futur conjoint. »

l'intérêt la famille au détriment de celui de l'enfant. L'émancipation légale par le mariage est un droit strictement rattaché à la personne, car contrairement à l'émancipation judiciaire, ce n'est pas le parent, mais bien l'enfant qui initie la demande. Malgré ce caractère personnel, le parent-mineur ne pourra être autorisé à se marier qu'à condition de surmonter les conséquences légales de son émancipation. Sur ce point, l'émancipation par le mariage rejoint l'émancipation judiciaire.

§ 2 : Les conséquences juridiques de l'émancipation des parents-mineurs

701. Que l'émancipation soit d'origine légale ou judiciaire, ses effets sur l'enfant sont identiques, mais ils ont évolué au fil du temps et des réformes. Si l'émancipation prévue par le Code civil de 1804 pouvait s'assimiler à une étape intermédiaire entre l'état de minorité et celui de la majorité, tout mineur émancipé recevait un curateur¹ chargé de l'assister dans la conclusion des actes juridiques. Les femmes mariées passaient de la puissance paternelle à la puissance maritale² et les mineurs célibataires à la curatelle. Ce n'est qu'à partir de la loi du 14 décembre 1964³ que le mineur émancipé est assimilé à un majeur, ce qui lui confère une large autonomie dans l'exercice de ses droits (**A**). Appliquée aux parents-mineurs, cette solution ne résout qu'en apparence les difficultés juridiques auxquelles ils sont confrontés faute d'articulation entre leur statut de parent et celui de mineur, car malgré l'autonomie qu'elle offre, elle ne permet pas de pallier sa vulnérabilité (**B**).

A- L'autonomie du parent-mineur dans l'exercice de ses droits

702. L'émancipation est un terme anticipé des droits parentaux sur l'enfant-mineur. Comme l'émancipation faisait auparavant disparaître la puissance paternelle, ses effets demeurent similaires sur la fonction parentale. Une fois émancipé, leur enfant pourra prendre seul toutes les décisions qui le concernent et veillera sur ses intérêts (**1**). La fin de l'autorité entraîne celle de la représentation légale qui ne se justifie plus. Le mineur émancipé bénéficie de la capacité juridique requise pour accomplir tous les actes de sa vie civile (**2**). L'aptitude et la capacité du parent-mineur ne seront plus restreintes à son statut de parent.

¹ Anc. art. 480 C. civ. 1804 : « le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé, assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille » ; en dépit du fait que le texte ne vise explicitement que les cas où le mineur était en tutelle, la doctrine considérait qu'en l'absence d'autre texte sur cette question, l'article 480 devait être généralisé. Ces curatelles étaient pour cette raison *datives*. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, p. 643, n° 828.

² *Ibid.*, la doctrine était partagée sur la désignation du curateur de la femme-mineure mariée, soit le mari se voyait désigner curateur de plein droit par le mariage (par analogie avec l'ancien article 506 C civ. qui désignait le mari comme le tuteur de plein droit de la femme interdite), soit il était nécessaire de constituer un conseil de famille pour procéder à sa désignation. Si l'époux est lui-même mineur il y avait lieu de désigner une autre personne, généralement le curateur de l'époux...

³ Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964, *op. cit.*

1. *La fin de l'autorité sur le parent émancipé*

703. L'article 413-7 alinéa 1 du Code civil énonce explicitement que « le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère ». Cette référence faite à la seule « autorité » dénuée de son qualificatif « parentale » renvoie explicitement au droit reconnu aux parents de substituer leur volonté à celle de leur enfant dans toutes les décisions qui le concernent, et cela durant toute sa minorité. L'autorité vient également pallier l'immaturation et le manque de discernement présumé de l'enfant. En mettant fin à l'autorité, l'émancipation confère à l'enfant une présomption de maturité qui lui reconnaît l'aptitude de décider dans tous les domaines de sa vie civile, que ce soit en matière patrimoniale ou extrapatrimoniale. Le mineur émancipé ne peut toujours pas consentir seul à son adoption ou à son mariage¹. Ce refus peut s'expliquer d'une part, en raison de la nature des décisions qui n'engagent pas uniquement l'enfant, mais remettent en question l'exercice des droits parentaux ; c'est ce second aspect qui requiert l'accord de leurs titulaires. D'autre part, elles entraînent des effets sur la filiation de l'enfant en lui attribuant juridiquement une autre famille, soit par le lien d'adoption, soit par celui de l'alliance². Lorsque la question du mariage ou de l'adoption se pose pour un mineur préalablement émancipé, le consentement des parents perd ici tout lien avec le devenir de l'autorité parentale, parce qu'ils n'en sont plus les titulaires. Les parents conservent leur droit de s'opposer à la nouvelle filiation de l'enfant, car il s'agirait d'un droit indépendant de leur autorité et lié à leur lien de filiation. Cet aspect a pour vocation de protéger les intérêts spécifiques de la famille et non plus l'intérêt de l'enfant qui n'apparaît ici que de manière incidente comme membre de cette famille.

704. Cette vision d'un consentement détaché de l'autorité fait débat concernant le mariage³ et semble remise en cause par les textes, qui en matière d'adoption, lient explicitement le consentement des parents à l'exercice de l'autorité parentale. Il convient dans un premier temps de souligner l'incohérence du renvoi réalisé par l'article 413-6 alinéa 2 du Code civil qui se contente de soutenir que pour son adoption et son mariage, le mineur émancipé doit se plier aux mêmes règles que le mineur non émancipé. Ce faisant, le législateur ne tient pas compte de l'effet principal de l'émancipation qui est de mettre un terme à l'autorité parentale. Cela conduit à sous-entendre qu'en l'espèce, l'autorité parentale serait toujours exercée par les parents en dépit de l'émancipation. Ce lien établi par la loi entre l'autorisation des parents et l'exercice de l'autorité parentale n'est que très récent, puisqu'il résulte d'une modification issue de la loi du 11 juillet 1966⁴. Antérieurement, lorsque la puissance paternelle était

¹ Dans le cas où son émancipation est d'origine judiciaire ; v. sur cette restriction : art. 413-6 al. 2 C. civ.

² P. Salvage-Gerest, « Minorité. - Émancipation », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 413-1 à 413-8, Fasc. unique, octobre 2015, n° 55 : « Si le législateur a laissé subsister ces importantes séquelles d'incapacité, c'est sans aucun doute en raison de la gravité particulière des actes en cause, qui atteignent non seulement l'état de l'intéressé, mais aussi celui de l'ensemble de sa famille, l'un créant un lien d'alliance avec une autre famille, l'autre relâchant fortement les liens existants entre l'adopté et les siens pour en créer de nouveaux. »

³ V. *supra* n° 702.

⁴ Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966, portant réforme de l'adoption, *JO*, 12 juillet 1966, p. 5956.

confiée à une personne autre que le parent en vertu de la loi du 24 juillet 1889¹, le consentement était donné par le tribunal après un simple avis de l'association ou du tiers à qui la puissance était confiée². Ce lien entre l'autorité et l'adoption ou l'émancipation semble résulter d'une confusion ou d'un manque de précision de la loi sur la distinction existante entre les droits nés de la filiation, dont fait partie l'autorité, et les attributs de cette autorité. Cette confusion conduit à déceler dans les décisions parentales concernant un mineur émancipé la survivance d'une autorité parentale pourtant disparue. De plus, le consentement de l'enfant à son adoption³ comme à son mariage revêt un caractère éminemment personnel, il échappe par nature à l'autorité de ses parents. L'autorisation donnée par le parent ne trouve un lien avec l'autorité parentale qu'à condition que l'adoption ou le mariage vienne modifier son exercice et de ce fait la protection de l'enfant. Une fois l'enfant émancipé, la question de l'exercice des droits parentaux ne se pose plus. Le parent ne consent plus en tant que titulaire de l'autorité, protecteur des intérêts de l'enfant, mais en raison d'une autre qualité qu'il conserve malgré l'émancipation. La loi confie non seulement aux parents la protection de l'intérêt de leur enfant, mais conserve un rôle dans le cadre du lignage⁴. C'est cette seconde mission qui semble donner la légitimité nécessaire pour s'opposer à l'union ou à l'adoption de l'enfant et cela en dépit de son émancipation. Ce raisonnement permet de démontrer que l'émancipation ne laisse subsister aucun droit de décision pouvant émaner d'un éventuel vestige de l'autorité parentale. L'autorisation donnée par le parent du mineur émancipé n'est pas un droit de décision sur l'enfant, mais seulement un droit d'opposition né de son lien de filiation et dont l'objectif est de protéger ce lien. L'autorité n'a pas vocation à survivre à l'émancipation.

705. Les parents sont déchargés de leurs missions de protection en matière de sécurité, de santé ou de moralité. L'enfant n'a plus à être associé aux décisions qui le concernent, c'est lui qui sera dorénavant amené à les prendre seul. La fin de l'autorité marque aussi la fin de l'obligation de cohabitation de l'article 371-3 du Code civil, car si le parent est déchargé de sa gestion du quotidien de l'enfant, la communauté de vie n'est plus nécessaire pour garantir son effectivité. L'émancipation donne à l'enfant la liberté de quitter le domicile familial, ce qui lui permet de fonder son propre foyer. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour laquelle l'émancipation par le mariage est de plein droit. Cette célébration marquait le passage de l'épouse de la puissance paternelle à la puissance maritale, matérialisé par son départ du foyer familial pour celui de son époux. Si le changement d'autorité a disparu⁵, le départ du domicile parental demeure, il s'agit ici d'une obligation des époux prévue à l'article 215 du Code civil

¹ Loi du 24 juillet 1889, Enfants maltraités ou moralement abandonnés, placement des mineurs, action éducative en milieu ouvert, *JO*, 25 juillet 1889, p. 3653.

² A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, pp. 405 et s., n° 522.

³ Cass., civ. 1^{re}, 8 octobre 2008, n° 07-16.094, arrêt n° 944 ; *AJ. fam.* 2008, p. 465, obs. L. Pécaut-Rivoliér ; *D.* 2008, p. 2663, note V. Norguin ; *RTD. civ.* 2008, p. 655, obs. J. Hauser.

⁴ M. Lamarche, J.J. Lemouland, « Mariage : conditions de formation », *op. cit.*, n°s 239 et 440 s.

⁵ Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, *JO* 19 février 1938, p. 2058.

qui leur impose une communauté de vie. Les enfants dont l'émancipation est judiciaire ont, également la possibilité de quitter le domicile, mais contrairement aux époux, ils ne sont pas légalement contraints de le faire. Le concubinage comme l'accueil dans un centre parental¹, devient possible sans qu'ils soient conditionnés à l'autorisation préalable de leurs parents. Les parents-mineurs pourront constituer un foyer personnel de nature à favoriser un exercice de l'autorité parentale quotidien propre aux couples unis par une même communauté de vie et non plus de manière asymétrique comme un couple séparé². Cette réunion des parents-mineurs dans un même domicile favorise l'organisation d'une vie familiale normale pour leur enfant.

706. Par l'émancipation, les parents renoncent définitivement à exercer leur autorité et de manière incidente, ils reconnaissent la maturité de l'enfant en le déclarant apte à protéger seul ses intérêts. Si cette demande est approuvée par le juge, cette reconnaissance de l'aptitude de l'enfant par ses parents s'impose à l'ensemble de la société qui sera contrainte de considérer l'enfant comme une personne majeure et d'accepter ses décisions sous peine de porter atteinte à ses droits. Comme pour les majeurs, il n'est plus obligatoire de distinguer entre l'exercice des droits éminemment personnels de celui des droits simplement personnels, la volonté de l'enfant suffit. Les tiers n'ont plus à se préoccuper du respect de l'autorité parentale et sont dispensés de solliciter les parents³. L'enfant pourra prendre avec le médecin toutes les décisions relatives à sa santé. En renonçant à son autorité et à sa mission de protection, le parent renonce à son droit d'être systématiquement informé de l'état de santé de son enfant, préalable à toute décision médicale. Le secret devient de plein droit opposable aux parents, ils deviennent tiers à la relation médicale. La présomption de maturité des enfants revêt ici une portée générale qui dépasse l'exercice de leurs seuls droits éminemment personnels et s'étend à l'ensemble de leurs droits.

707. À la disparition de l'autorité s'ajoute celle de l'administration légale et dans le cas où le mineur est âgé de moins de seize ans, celle de la jouissance légale. Cela explique pourquoi le juge au moment de la demande d'émancipation ou de dispense d'âge vérifie non seulement la maturité de l'enfant, mais aussi ses aptitudes de gestionnaire⁴. Si l'émancipation est prononcée ou célébrée, le parent est déchargé à la fois de sa mission de gestion de la personne et du patrimoine de l'enfant. L'article 413-5 du Code civil prévoit que le compte de l'administration ou le cas échéant, celui de la tutelle soit rendu au mineur après approbation du tribunal⁵, qui réalise un « état des lieux » de la gestion du protecteur. Par ce transfert, le mineur pourra tenter de rectifier les erreurs éventuellement commises par l'administrateur

¹ Art. L. 222-5-3 et L. 222-5-3 al. 6 CASF ; v. sur ce point : C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n° 732.

² Sauf à ce qu'il y ait une résidence alternée. Celle-ci ne signifie pas que le temps passé par l'enfant auprès de son père et de sa mère soit de même durée, si l'intérêt de l'enfant le commande. Cass., civ. 1^{ère}, 25 avril 2007, n° 06-16886, *Bull. civ.* I, n° 156.

³ I. Corpart. « Émancipation », *op. cit.*, n° 95.

⁴ V. *supra* n° 689.

⁵ Art. 387-5 et 514 C. civ.

légal ou le tuteur durant sa gestion¹. Il pourra exercer le métier de son choix² et percevoir directement les revenus liés à son activité, ce qui met fin au risque de confusion entre le patrimoine de l'enfant et celui de la famille³. Cette liberté de gestion permet aux parents-mineurs de dégager un budget familial qui ne sera plus composé des seules aides auxquelles l'enfant ouvre droit, ou dépendant des ressources que ses parents acceptaient de lui attribuer.

708. Ces deux éléments combinés mettent en cohérence la situation juridique de l'enfant avec son statut de parent et permettent *in fine* d'éviter les conflits de droit liés à la superposition des différentes autorités parentales. En acceptant de ne plus exercer leurs droits parentaux, les grands-parents s'interdisent toute interférence juridique dans les droits que les parents exercent sur leur enfant. Le cas où le couple parental se compose exclusivement de mineurs, implique d'envisager soit le mariage, soit une procédure d'émancipation judiciaire pour les deux parents. Si l'union civile présente l'avantage de réserver un sort identique à la situation juridique des deux parents, car la célébration est conditionnée au fait que tous deux remplissent les conditions imposées par la loi, ce n'est pas le cas de l'émancipation judiciaire. Comme les procédures sont distinctes, rien ne s'oppose en théorie à ce qu'un parent soit émancipé mais pas l'autre. Cette situation peut se présenter si leurs parents respectifs refusent d'introduire l'instance ou si le juge estime que le parent-mineur concerné ne présente pas la maturité ou les aptitudes de gestion requises à son émancipation, créant ainsi un déséquilibre dans la situation juridique des deux parents. L'un disposera de l'autonomie juridique, alors que l'autre sera toujours contraint de composer avec l'autorité de ses parents.

709. L'émancipation en elle-même n'offre pas une autonomie identique à celle de la majorité. Bien qu'elle assimile l'enfant au majeur, elle ne lève pas toutes les restrictions liées à sa minorité. Sans être exhaustif, en raison de la spécificité des règles et de leur éparpillement, il est possible de noter que lorsque l'exercice personnel d'un droit est soumis à un seuil d'âge, l'émancipation ne permet pas à l'enfant de l'exercer, du moins tant qu'il ne l'aura pas atteint⁴. C'est notamment le cas du droit de vote qui demeure fixé à dix-huit ans ou du permis de conduire⁵. Le législateur a prévu de manière explicite l'exclusion du mineur émancipé de certaines dispositions légales. Il ne peut prétendre aux dispositions qui s'adressent exclusivement aux majeurs, ce qui l'empêche par exemple de conclure le Pacte civil de solidarité de l'article 515-1 du Code civil. Le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur avait pu « sans porter atteinte au principe d'égalité, ne pas autoriser la conclusion d'un pacte par une personne

¹ S. Deis-Beauquesne, « Le contrôle de gestion du patrimoine du mineur », *AJ. fam.*, 2002, p. 369.

² Si le mineur émancipé s'est vu reconnaître la possibilité de devenir commerçant par la Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 « relative à l'entrepreneur à responsabilité limitée », *JO*, 16 juin 2010, p. 10984, texte n° 1, cette possibilité est conditionnée à l'autorisation préalable du juge des tutelles si cette demande est concomitante à celle de l'émancipation ou au président du TGI si elle est postérieure (art. 413-8 C. civ.).

³ Y. Favier, « La nécessaire protection des revenus du travail du mineur », *op. cit.*

⁴ P. Salvage-Gerest, « Minorité, émancipation », *op. cit.*, n° 56.

⁵ Art. R. 221-5 Code de la Route.

mineure émancipée »¹. Cette décision ne comporte aucun motif sur le raisonnement ayant conduit à cette solution. Cette interdiction est difficilement compréhensible, car le mineur émancipé a accès au régime d'union le plus protecteur avec le mariage, comme au régime le moins protecteur avec le concubinage², facilité par son émancipation et la fin de l'obligation de cohabitation avec son parent³, pourquoi alors lui refuser l'accès au Pacte civil de solidarité ? La raison avancée est généralement le danger que représentent ces contrats sur le plan patrimonial, mais comme le souligne un auteur, cet argument n'est guère convaincant, car le mariage lui fait courir autant de danger⁴, d'autant que la loi du 23 juin 2006⁵ fait de la séparation des biens le régime légal du Pacte civil de solidarité.

710. Dans le cas où le législateur a prévu des textes organisant l'exercice d'un droit par une personne majeure et des textes prévoyant des aménagements pour le mineur non émancipé, sans préciser où se situe le mineur émancipé, il convient de lui appliquer le régime prévu pour les personnes majeures. Les textes spécifiques qui concernent le mineur émancipé ont généralement pour but d'aménager l'exercice du droit attribué à l'enfant avec l'exercice de l'autorité parentale de son parent. L'émancipation met fin à l'autorité, il n'y a donc plus lieu d'articuler l'exercice d'un droit avec une protection qui n'existe plus. C'est par exemple le cas des textes relatifs à l'interruption volontaire de grossesse qui ne font référence, d'une part qu'à la femme majeure et d'autre part à la femme mineure⁶. Une fois la mineure émancipée, il convient dans cette situation de l'assimiler à une femme majeure. Face aux questions du régime applicable à l'exercice d'un droit, il est important de s'attacher plus à l'esprit du texte qu'à sa lettre qui peut se révéler source de difficultés. Pour exemple, l'article L. 1111-7 alinéa 5 du Code de Santé publique dispose que « dans le cas d'une personne mineure, le droit d'accès [à son dossier médical] est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale. À la demande du mineur, cet accès a lieu par l'intermédiaire d'un médecin. » Il n'existe aucune indication concernant les mineurs émancipés. L'enfant prend seul toutes les décisions médicales ; le secret médical est donc opposable de plein droit à son parent qui n'est plus titulaire de l'autorité, la cohérence du raisonnement mène à la conclusion que l'émancipation permet à un mineur d'accéder directement aux informations contenues dans son dossier médical et que le texte sur les mineurs ne lui est plus applicable. L'émancipation permet au parent-mineur de recueillir les informations de santé nécessaires pour la prise en charge de son enfant, sans passer encore une fois par l'intermédiaire de son parent. L'émancipation permet à l'enfant non seulement de prendre toutes

¹ C. Consti., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, *JO* 16 novembre 1999 ; dans le même sens : circ. n° 99/12 du ministère de la Justice relative aux modalités de l'enregistrement des déclarations de pacte civil de solidarité dès promulgation de la loi, I-1-2-B-a, *JCP* 1999, III, p. 20182.

² Art. 515-8 C. civ.

³ X. Labbé, « Faut-il repenser l'émancipation ? », *op. cit.*

⁴ M. Lamarche, « Pacte civil de solidarité », in *Rep. civ.*, Dalloz, septembre 2012, (actualisation avril 2019), n° 55.

⁵ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, *JO* 24 juin 2006 page 9513, texte n° 1.

⁶ L. 2212-4 et L. 2217-7 CSP.

les décisions qui le concernent, mais aussi de lui permettre de réaliser tous les actes juridiques qui y sont liés, car l'autorité entraîne avec elle la disparition de la représentation légale qui en est l'attribut.

2. *La fin de la représentation légale du parent-émancipé*

711. En acceptant de renoncer à son autorité, le parent admet la maturité de son enfant et renonce par la même occasion à le représenter légalement. L'article 413-6 du Code civil prévoit que « le mineur émancipé est capable, comme un majeur de réaliser tous les actes de la vie civile ». Le texte prévoit des actes qui échappent à la pleine capacité civile du mineur émancipé à savoir, le contrat de mariage qui se doit d'être conclu avec l'assistance des parents en raison du parallélisme des formes imposées par l'adage *Habilis ad nuptiat habilis ad pacta nuptiala* entre les consentements et la conclusion de l'acte. Il en va de même pour le contrat d'adoption exclu des actes de la vie civile pouvant être réalisés par le mineur émancipé, comme pour le Pacte civil de solidarité¹. Cette pleine capacité attribuée à l'émancipation judiciaire n'était pas prévue dans le Code civil de 1804². Elle permettait comme aujourd'hui de mettre fin au droit de décision du parent sur son enfant. Concernant sa personne, le mineur émancipé était comme aujourd'hui assimilé au majeur³, il n'était pas pour autant sur le même pied d'égalité que l'adulte lors de la conclusion des actes juridiques patrimoniaux. L'émancipation était conçue à cette époque comme une transition nécessaire entre l'incapacité de la minorité et la pleine capacité de la majorité. Si la loi mettait fin à la puissance ainsi qu'à la représentation légale, le mineur émancipé ne bénéficiait que d'une semi-capacité patrimoniale complétée par un régime d'assistance exercé par un curateur désigné par le conseil de famille⁴. Ce régime a été jugé trop complexe en raison de la diversité des régimes et du nombre d'acteurs, la loi du 14 décembre 1964⁵ a mis un terme à son caractère évolutif. D'une prémajorité, l'émancipation devient une anticipation de la majorité et de la capacité civile qui en est l'attribut. On attribue au mineur la pleine capacité juridique dans tous les actes de la vie civile, ce qui met fin à la représentation légale du parent ainsi qu'à la représentation *ad agendum*. Il a la possibilité d'agir en justice, quel que soit le droit invoqué⁶, ses parents n'étant plus autorisés à intervenir à ses côtés⁷. En principe, cette affirmation « devrait dispenser – voire interdire – d'énumérer les actes de la vie civile que le mineur émancipé peut accomplir ou les fonctions qu'il peut remplir dans ce cadre puisqu'il est présumé pouvoir les accomplir tous »⁸, dès qu'il obtient l'exercice d'un droit, quelle que soit sa nature éminemment personnelle, simplement personnelle ou patrimoniale, quelle qu'en soit la

¹ M. Lamarche, « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*

² Anc. art. 480 C. civ.

³ Art. 372 C. civ. (anc.), à deux exceptions près : la conclusion du contrat de mariage et les actes liés à la profession de commerçant qu'il ne pouvait exercer avant dix-huit ans qu'après avoir obtenu les autorisations préalables émanant soit du père ou de la mère et à défaut du conseil de famille. Autorisation qui devait être mentionnée au registre du commerce.

⁴ A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, pp. 643 s., n°s 828 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, n° 437 ; P. Salvage-Gerest, « Émancipation », *op. cit.*, n° 6 ; I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 80 ; C'est le conseil de famille qui désigne le curateur y compris si l'émancipation est réalisée à la demande du père ou de la mère.

⁵ Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964, *op. cit.*

⁶ Cass., ass. plén., 28 mai 1982, n° 79-13660, *Bull. ass. plén.*, n° 3.

⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 8 février 2000, n° 97-22639.

⁸ P. Salvage-Gerest, *op. cit.*, n° 54.

gravité. Il peut conclure seul un contrat médical, souscrire une assurance, acquérir ou louer son logement, de disposer, le cas échéant, des immeubles dont il est propriétaire¹. Cette capacité permettrait de faciliter l'implication du mineur dans son rôle parental en lui accordant une capacité juridique personnelle nécessaire à une action parentale exemptée de l'ingérence des grands-parents.

712. Comme en matière de décision, le législateur a tenu à préciser certains actes que le mineur était capable de réaliser, une fois émancipé, comme la conclusion d'un mandat de protection future². Il est également précisé qu'il a la possibilité d'assumer les charges tutélaires sur son enfant³, même si l'absence d'exclusion expresse suffisait à conclure à la capacité du mineur. Ces précisions du législateur ne présentent que peu d'intérêt et ne font que renforcer la confusion sur la délimitation de sa capacité en instillant le doute. Ces rappels ne sont pas réalisés pour chaque acte de la vie civile que le mineur peut conclure en raison de son émancipation. Seules les dérogations au principe méritent d'être précisées⁴, elles constituent des incapacités de jouissance dues à la disparition du mécanisme de représentation légale, faute d'avoir prévu une assistance dans leur réalisation. Comme observé en matière de décision, l'existence d'un seuil d'âge pour l'attribution d'un droit fait obstacle à la réalisation de l'acte en dépit de l'émancipation, comme l'illustre les articles 903 et 904 du Code civil⁵. Le premier met en place une incapacité de jouissance générale pour les mineurs de moins de seize ans qui ne pourront disposer de leur quotité disponible, sauf entre époux, dans le cadre du contrat de mariage ou durant le mariage. Le second demande à ce que le mineur émancipé ait atteint l'âge de seize ans pour disposer librement de la même quotité qu'un majeur. Il n'aura pas la capacité de réaliser les actes dont les dispositions s'adressent exclusivement aux personnes majeures. Toujours en matière de libéralité, l'alinéa 2 de l'article 907 du Code civil organise une incapacité de défiance empêchant le mineur émancipé de disposer, soit par donation entre vifs, soit par testament, au profit de celui qui a exercé sur lui les fonctions de tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a pas été rendu et apuré. Conséquence du silence gardé par la loi, la capacité du mineur émancipé doit être présumée. L'émancipation offre la possibilité d'harmoniser la capacité personnelle des parents-mineurs avec la capacité qui leur est attribuée en tant que représentants légaux de leur enfant. Cette solution présente certains inconvénients qui peuvent à terme se retourner contre le parent-mineur et son enfant, car l'émancipation ne permet pas de pallier la vulnérabilité inhérente à leur état de minorité.

¹ Cass., ass. plén., 28 mai 1982, n° 79-13660, *Bull. civ.* n° 3 ; D. 1983, p. 117, concl. J. Cabannes ; D. 1983, p. 349, note S. Gaillard.

² Art. 477 C. civ.

³ Art. 395 C. civ.

⁴ P. Salvage-Gerest, *loc. cit.*

⁵ Autre exemple où le législateur se réfère à l'âge de 18 ans : art. 37 C. civ. pour être témoin aux actes de l'état civil, ou R. 221-5 du Code de la route pour passer le permis de conduire. Lorsque la majorité était fixée à vingt-et-un ans il s'agissait d'un aménagement des droits ouverts au mineur émancipé. Avec le passage de la majorité à dix-huit ans c'est devenu une restriction des droits du mineur émancipé ; v. P. Salvage-Gerest, *op. cit.*, n° 55.

B- Les limites posées par l'émancipation du parent-mineur

713. Si l'émancipation anticipe la majorité, cette assimilation du mineur au majeur ne concerne que sa protection résultant de l'autorité parentale. Non seulement elle ne permet pas d'effacer les droits et obligations du parent nés de l'établissement du lien juridique de filiation en dehors de l'autorité parentale et de ses attributs, mais encore, le parent est toujours légalement tenu d'entretenir l'enfant qui n'est pas encore à même de subvenir seul à ses besoins, ce qui permet de pallier la vulnérabilité économique dans laquelle il peut se retrouver en dépit de son émancipation (1). En mettant fin à l'autorité parentale, l'émancipation entraîne dans son sillage la fin de la protection parentale et de l'incapacité d'exercice de l'enfant. Dès cet instant, celui-ci ne bénéficiera plus de la protection spécifique dont il bénéficiait en tant que mineur, car sa maturité et son discernement sont présumés, comme pour le majeur (2).

1. La précarité de la situation du parent émancipé

714. L'établissement du lien de filiation attribue au parent à la fois des droits liés à l'exercice de l'autorité parentale, mais aussi les obligations qui y sont corrélées¹. La disparition des droits parentaux n'entraîne pas celle de toutes leurs obligations. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mai 1972², selon lequel « l'article 203 du Code civil ne limite pas dans le temps les obligations, distinctes de l'obligation alimentaire, qu'il met à la charge des père et mère, et ne lie pas ces obligations à l'autorité des père et mère sur leur enfant ». Cette jurisprudence a été consacrée par la loi du 4 mars 2002³ à l'article 371-2 du Code civil qui charge le parent d'une obligation d'entretien et prévoit dans son alinéa 2 qu'elle ne cesse pas de plein droit à la majorité de l'enfant. Cette obligation se détache de l'exercice de l'autorité parentale pour n'être liée qu'au fait d'être parent, autrement dit, au seul lien de filiation. Cette solution s'explique en raison de l'abaissement de la majorité de vingt et un à dix-huit ans, combiné à l'accroissement de la durée des études qui tend à accorder une importance croissante à l'entretien des enfants majeurs par leurs parents⁴. Si cette règle ne renvoie explicitement qu'aux enfants majeurs, la jurisprudence avait étendu ce principe aux mineurs émancipés. La Cour de cassation, dans un arrêt du 9 juillet 1973⁵ avait considéré que « l'obligation des père et mère de contribuer à proportion de leurs facultés, à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants, survit à leur émancipation ». De ce fait, malgré l'absence de référence du législateur au mineur émancipé, l'article 371-2 du Code civil s'applique. Lorsque l'émancipation trouve son origine dans le mariage, c'est l'obligation de l'article 212 du Code

¹ V. *supra* nos 147 s.

² Cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, n° 70-14534, D. 1972, p. 672.

³ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, art. 3.

⁴ L. Béteille, rapport n° 71, sur la proposition de loi, adoptée par l'assemblée nationale, relative à l'autorité parentale, 14 novembre 2001, *Sénat*, p. 30 ; v. INSEE, « La solidarité financière entre ménages », *Insee Première*, Juillet 2018, n° cass1707. Cette étude met en avant le rôle de l'aide financière des parents tout au long de la vie de leurs enfants. A cet égard les auteurs constatent que « l'entraide familiale joue un rôle important au cours de la période d'installation des jeunes ménages, mais elle intervient également dans les situations de monoparentalité »

⁵ Cass., civ. 2^{ème}, 9 juillet 1973, n° 72-13147.

civil qui impose aux époux une assistance mutuelle qui a vocation à s'appliquer en priorité¹, l'obligation d'entretien n'a dans cette situation particulière qu'un caractère subsidiaire. Elle peut s'appliquer dans le cas où il s'agit d'un mariage entre deux mineurs ou lorsque l'époux majeur ne dispose pas des ressources suffisantes pour répondre aux besoins de son conjoint. Dans ce cas, les parents de l'époux mineur en difficulté seront toujours tenus en raison de leur obligation d'entretien de veiller aux besoins du couple.

715. En dépit de l'autonomie personnelle et de la capacité juridique nouvellement acquises par le mineur émancipé, « son indépendance personnelle est relative s'il ne subvient pas à ses besoins »². L'autonomie juridique ne peut être entière en l'absence de ressources suffisantes, cette « incapacité financière de celui qui n'est plus tout à fait un adolescent, mais pas encore un adulte se mesure à l'aune du devoir d'entretien et d'éducation de ses père et mère »³. Si le mineur émancipé est en capacité de se salarier⁴ ou d'exercer la profession de commerçant⁵, cette activité peut ne pas générer le revenu nécessaire pour couvrir l'intégralité de ses besoins. Dans ce cas, le parent n'est déchargé de son obligation qu'à proportion des ressources acquises par l'enfant⁶ et demeure tenu à la différence. De plus, l'existence d'un projet d'activité professionnelle ou la gestion d'un patrimoine personnel conséquent ne sont pas les seuls motifs justifiant le prononcé de l'émancipation d'un mineur. Le statut de parent permet de légitimer la fin anticipée de l'autorité parentale⁷. Contrairement à l'enfant devenu majeur, l'enfant émancipé continue de bénéficier de la présomption de besoins résultant de son état de minorité⁸. Bien que l'enfant bénéficie d'une présomption de maturité qui lui permet de décider et d'accomplir tous les actes de la vie civile, son éducation et son autonomie financière demeurent inachevées. L'émancipation rencontre ici un premier obstacle. Elle ne peut pas assimiler totalement l'enfant à un majeur et ne permet pas d'effacer tous les effets de la minorité dès lors qu'ils résultent de la filiation. Le parent doit toujours assumer les besoins primaires de leur enfant, de sa santé et de son éducation malgré la disparition de leur droit et devoir de protection dans ces différents domaines⁹. Il s'agit ici d'un choix pragmatique, car si l'éducation permet indirectement de retarder les grossesses¹⁰, elle permet surtout de préparer l'enfant à la pratique d'un métier de nature à lui fournir les moyens

¹ CA Paris, 23 mai 2002, *AJ. fam.* 2002, p. 260, obs. S. D.-B ; CA Versailles, 26 juillet 1978, *Gaz. Pal.* 1981. 2. somm. p. 187 ; Cass., civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n° 09-16839, *AJ. fam.* 2011, p. 44, obs. F. Delage ; *Dr. fam.* 2010, n° 177, obs. V. Larribau-Terneyre ; *Dr. fam.* 2011, étude 7, note M. Rebourg.

² I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 96.

³ F. Sauvage « L'incidence du travail du jeune majeur sur le devoir d'entretien et d'éducation », *AJ. fam.*, 2013, p. 220.

⁴ Art. L. 121-1 CT qui rappelle que le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Ce qui signifie que le mineur émancipé a la capacité pour conclure seul ces contrats.

⁵ Art. 413-8 C. Com., issu de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JO*, n° 137, p. 10984, texte n° 1.

⁶ C. cass., req. 29 juin 1929, *DP* 1929, I, p. 393 : « [...] Attendu que si le père et la mère ont tous les deux, malgré le divorce, l'obligation de contribuer à l'entretien de leurs enfants, en proportion de leurs facultés, cette obligation ne doit s'exécuter que si les enfants n'ont pas de ressources personnelles leur permettant de s'entretenir eux-mêmes. ».

⁷ V. *supra* nos 688 (émancipation judiciaire) et 697 (mariage).

⁸ Cass., civ. 2^{ème}, 12 juillet 1971, n° 69-14601, *D.* 1971, p. 689 ; Orléans, 20 octobre 2009, n° RG 08/03532, C. Neirinck, « Créance d'entretien et vie sentimentale des parents débiteurs », in *Mélanges en l'honneur de J. Hauser*, 2012, LexisNexis/Dalloz, p. 449.

⁹ L. Leveneur, F. Fatôme-Leveneur, « Aliments. - Obligation parentale d'entretien », in *J.-Cl. civ. Code*, Art. 203 et 204, fasc. unique, mai 2013, nos 30 et s.

¹⁰ Elles interviennent généralement lorsque l'enfant est déjà déscolarisé, UNFPA, « La mère-enfant », *op. cit.*

d'existence en adéquation avec ses capacités. Elle lui accorde un meilleur statut au sein de son foyer et dans la société en général, en lui fournissant les moyens de décider sur les questions qui affectent son existence¹. Mettre fin prématurément à l'obligation d'entretien conduit à pérenniser l'état de vulnérabilité dans lequel le parent-mineur peut se trouver et dont les effets se répercuteront éventuellement sur son enfant. Si le parent ne dispose pas lui-même d'une éducation suffisante pour comprendre la vie en société, comment la société peut-elle attendre de lui qu'il les transmette à son enfant ? Le mineur ne dispose pas d'action contre ses père et mère pour un établissement² par mariage ou autrement³, car il s'agit d'une obligation naturelle laissée à leur discrétion⁴ ; il ne disposera, en raison de son émancipation, que de la possibilité de les contraindre à s'acquitter de leur obligation alimentaire s'ils ne le font pas de leur propre initiative⁵.

716. Durant la minorité de l'enfant, faute de bénéficier de la capacité nécessaire pour *ester* en justice, les actions visant à contraindre le parent récalcitrant sont intentées par le parent qui assume seul la charge de l'enfant⁶. Contrairement au parent-mineur, le parent émancipé dispose de la pleine capacité juridique qui inclut la capacité processuelle et bénéficie à ce titre de l'autonomie d'une personne majeure⁷. De ce fait, il peut introduire une action à l'encontre du parent qui ne remplirait plus spontanément son obligation d'entretien. La nature exacte de l'action exercée par l'enfant fait l'objet d'un débat doctrinal. Certains auteurs considèrent que la Cour de cassation aurait favorisé par sa jurisprudence une confusion entre l'obligation parentale d'entretien et l'obligation alimentaire qui relève de la solidarité intergénérationnelle, voire pour certains d'entre eux avec un droit d'établissement, traduisant une vision extensive de l'obligation d'entretien par les juges⁸. L'action introduite durant la minorité par le parent de l'enfant relève de la compétence exclusive du juge aux affaires familiales dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale et la solidarité qu'elle impose aux parents. Le parent agit ici en vertu d'un droit qui lui est propre. Lorsque l'action est introduite par l'enfant majeur ou émancipé, elle ne peut être liée à l'exercice de l'autorité parentale, mais au lien de filiation. Quoiqu'il en soit, cette possibilité d'action ouverte à l'enfant émancipé lui offre une certaine garantie d'autonomie. À titre d'exemple, supposons qu'un parent-mineur soit parvenu à convaincre l'un de ses parents de solliciter son émancipation judiciaire en s'engageant à demeurer avec son enfant à leur domicile malgré son

¹ UNFPA, « La mère-enfant », *op. cit.*, p. 25.

² Entendu comme : « l'acte par lequel les parents rendent leurs enfants indépendants d'eux en prélevant irrévocablement sur leur fortune de quoi donner à leurs enfants des moyens d'existence propres, une situation personnelle » R. Savatier, note ss CA Poitiers, 26 avril 1923, *D.* 1923, 2, p. 121 ; v. aussi sur ce point : L. Leveneur, « Aliments. - Obligation parentale d'entretien », *op. cit.*, nos 33 s.

³ Art. 204 C. civ.

⁴ CA, Poitiers, 26 avril 1923, *DP.* 1923, 2, p. 121, note R. Savatier ; contra. CA, Paris, 22 décembre 1924, *Gaz. Pal.* 1925, 1, p. 272.

⁵ Sur les modalités pratique de l'exécution de l'obligation alimentaire, v. L. Leveneur, « Aliments. - Obligation parentale d'entretien », *op. cit.*, nos 43 et s.

⁶ Ex. : Cass., civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 247 ; Cass., civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, n° 02-17441, *Juris-Data* n° 2004-023606, *Dr. fam.* 2004, comm. p. 143, note P. Murat ; C. cass., 1^{ère} civ., 28 janvier 2009, n° 07-15243, *Juris-Data* n° 2009-06772. Ici la Cour vient aussi rappeler que l'obligation débute à la naissance de l'enfant et que l'adage selon lequel « les aliments ne s'arrêtent pas », n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce.

⁷ Cass., civ. 2^{ème}, 23 octobre 1985, n° 84-10.511, *Bull. civ.* II, n° 161.

⁸ Ex. : Y. Delecraz, M. Chetaille, « Le financement par les parents des études supérieures de leurs enfants », *JCP N.* 2011, p. 1154.

émancipation. Une fois émancipé, l'enfant décide de quitter le domicile familial en emmenant avec lui son enfant. Ses parents pourraient être tentés de conditionner l'exécution de leur obligation d'entretien à son retour avec son enfant à leur domicile. Cette utilisation de l'obligation d'entretien reviendrait à ressusciter dans les faits, une autorité parentale là où elle était censée avoir disparu. Dans cette éventualité, le mineur émancipé, pourra agir pour contraindre son parent à remplir son obligation sans avoir à se plier à ses exigences, comme retourner vivre au domicile familial¹. Cette action sera d'autant plus facilitée que son besoin de l'aide parentale est présumé par sa minorité contrairement à l'enfant majeur qui se doit d'apporter la preuve de la pertinence du maintien de l'obligation d'entretien². En conclusion, cette obligation n'a vocation à disparaître qu'avec la vulnérabilité du mineur et la précarité de sa situation, or l'insertion professionnelle et l'autonomie financière ne constituent que l'ultime étape avant la pleine autonomie. La dépendance qui caractérise la minorité tend aujourd'hui à se prolonger bien au-delà des dix-huit ans³. Si l'émancipation facilite l'entrée du mineur dans la vie active tout comme la majorité civile, celle-ci ne permet pas de remédier à sa situation de vulnérabilité en raison d'une société où l'accès à l'emploi intervient de plus en plus tardivement et dont les seuils d'âges des minima sociaux limitent leur intervention à la majorité⁴. Pour autant, le parent-mineur peut contourner ce seuil d'âge et bénéficier de l'attribution du Revenu de Solidarité active, soit en raison de sa grossesse ou de son statut de parent une fois l'enfant né, sous réserve qu'il soit à sa charge exclusive, que le parent-mineur soit isolé⁵ et qu'il ne poursuive pas ses études⁶. Si l'émancipation offre une autonomie personnelle susceptible de mettre en cohérence le statut de parent avec celui de mineur, l'opportunité de cette solution est limitée. Cette autonomie est conditionnée à l'existence d'une autonomie factuelle déjà acquise par le parent-mineur qui ne doit plus dépendre de ses parents ; dans le cas contraire, l'émancipation se fera au détriment de sa protection.

¹ Ex. : Cass, civ. 2^{ème}, 28 janvier 1981, n°79-13209, *Bull. civ.* II, n° 19 ; la demande ne pouvant être rejetée au seul motif que l'enfant ne réside pas au domicile du demandeur : Cass, civ. 2^{ème}, 22 janvier 1992, n°90-18.512, *Bull. civ.* II, n° 27, *Gaz. Pal.* 1992, Pan. 137, *D.* 1992. IR 61, *D.* 1993. somm. p. 127, obs. É. Blary-Clément, *RTD civ.* 1992, p. 379, obs. J. Hauser ; Civ. 2^{ème} 26 sept. 2002, n° 01-12.075, *Bull. civ.* II, n° 191, *Deffrénois* 2003, art. 37727, n° 36, obs. J. Massip, *Gaz. Pal.* 15-19 août 2003, somm., obs. J. Massip. Toutefois, lorsque « [...] la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le juge aux affaires familiales pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments », art. 210 C. civ.

² V. sur ce point : J. Pradel, « L'obligation pour les parents d'entretenir un enfant au-delà de sa majorité pour lui permettre de continuer ses études », *JCP G* 1966, I, p. 2038 ; J. Massip, « L'abaissement de l'âge de la majorité et ses conséquences », *Deffrénois* 1974, art. 30744, p. 1121, n° 20 ; M.-J. Gebler, « L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants majeurs poursuivant leurs études », *D.* 1976, chron. p. 131 ; J. Hauser, « L'obligation civile d'entretien des jeunes majeurs », in *L'enfant, la famille et l'argent*, *LGDJ*, 1991, p. 164.

³ I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, rapport à la ministre de l'Emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, 1998, La doc. fr., p. 162.

⁴ Ne sont éligibles au Revenu de Solidarité Active que les personnes de plus de vingt-cinq ans (art. L. 262-4 CASF), à l'exception des parents isolés. Concernant le RSA « jeune actifs » créé par le décret n° 2010-961 du 25 août 2010 relatif à l'extension du revenu de solidarité active aux jeunes de moins de 25 ans, concerne les jeunes de 18 à 25 ans.

⁵ Pour toucher le RSA en tant que parent isolé (actuellement son montant est pour une femme enceinte de 628,29 euros ; pour un enfant à charge de 919,05 euros : remplaçant depuis 2008 l'Allocation de Parent Isolé). Est considéré comme isolés le parent célibataire, divorcé(e), séparé(e), veuf(ve) ayant des enfants à charge ou d'une femme enceinte ne vivant pas en couple de manière déclarée et permanente et ne partageant pas ses ressources. art. L. 262-9, al. 3, CASF ; sur le RSA, v. S. Gantelet, « Conséquences du divorce en droit de la sécurité sociale », in *Droit et pratique du divorce*, Dalloz référence, n°s 411. 131 s. ; sur les mutations familiales, v. J.-J. Lemoulant, « Famille », *op. cit.*, n° 33.

⁶ Art. L. 262-4 CASF ; notons que ce dernier critère peut éventuellement inciter les parents-mineurs à ne pas reprendre leurs études.

2. L'autonomie juridique aux dépens de la protection du parent émancipé

717. Une fois l'émancipation obtenue, les parents perdent l'exercice de l'autorité parentale. Si l'émancipation offre au mineur les présomptions légales de discernement et de capacité conférées par la majorité, il en découle pour l'enfant la perte des avantages propres à son statut ainsi que la naissance anticipée d'obligations liées à la majorité, que ce soit sur le plan patrimonial comme extrapatrimonial. Faute d'une autorité légale, le parent perd sa légitimité pour le représenter lors de la conclusion des différents actes de sa vie civile.

718. Le parent-mineur émancipé ne sera plus considéré comme dépendant de ses parents qui n'auront plus à le protéger. La fin de cette protection peut être recherchée lorsque cette dernière est irrémédiablement compromise et que l'assistance éducative a échoué à restaurer ou instaurer un exercice normal de l'autorité parentale. La disparition de l'autorité parentale entraîne avec elle celle de la protection de l'enfance au bénéfice du parent-mineur. Cette protection subsidiaire à l'autorité parentale ne se fera dorénavant qu'au bénéfice de son enfant, chaque fois que le parent-mineur rencontrera des difficultés dans l'exercice de son autorité parentale et ne parviendra pas à le protéger d'un danger¹. Dans l'éventualité d'une mesure éducative en cours au bénéfice du parent-mineur, prononcée avant son émancipation, elle prendra fin avec la disparition de l'autorité parentale, une fois la décision entrée en force de chose jugée². La brutalité de cet effet a été tempérée par les dispositions du décret du 18 février 1975³ qui prévoit dans son article premier que « jusqu'à l'âge de vingt et un ans, toute personne majeure ou mineure émancipée éprouvant de graves difficultés d'insertion sociale a la faculté de demander au juge des enfants la prolongation ou l'organisation d'une action de protection judiciaire. Le juge peut alors prescrire, avec l'accord de l'intéressé, la poursuite ou la mise en œuvre, à son égard, d'une ou de plusieurs des mesures ». Le jeune majeur ou l'enfant émancipé peut solliciter le juge pour s'assurer de la continuité de sa protection, ce qui signifie d'une part que l'émancipation au même titre que la majorité met fin de plein droit à cette protection⁴ et d'autre part que le législateur a souhaité éviter l'effet de seuil de la majorité⁵ ou de l'émancipation pour des personnes en situation précaire. Cette prise en charge peut également être accordée directement par le président du Conseil départemental⁶. La protection de l'enfance laisse ainsi place à une protection judiciaire et sociale destinée à lutter contre la précarité des jeunes qui rencontrent des difficultés d'insertion sociale, faute de ressources ou d'un soutien familial suffisant. Les interventions du juge des enfants comme celles du Conseil départemental sont

¹ V. *supra* n° 550.

² I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 97 ; M. Huyette (dir.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfance*, *op. cit.*, p. 17.

³ Décret n° 75-96 du 18 février 1975, fixant les modalités de mise en œuvre d'une action de protection judiciaire en faveur des jeunes majeurs, *JO*, 19 février 1975, p. 2030.

⁴ P. Salvage-Gerest, « Émancipation », *op. cit.*, n° 26.

⁵ V. J. Genton, rapport n° 248, fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi tendant à fixer à dix-huit ans l'âge de la majorité, *Sénat*, 26 juin 1974, spé. pp. 20 s.

⁶ L. 222-5 CASF ; J.-M. Pastor, « Les obligations du département en matière d'accompagnement d'un jeune majeur », *D. actu.* 17 janvier 2019, n° 17 ; sur les ressources des jeunes majeurs sortant du dispositif de l'Aide Sociale à l'Enfance : V. A.-R. « Pécule des jeunes majeurs sortant de l'ASE », *AJ. fam.* 2016, p. 511.

conditionnées à l'accord du jeune majeur ou du mineur émancipé. L'accompagnement du parent-mineur émancipé ne peut donc lui être imposé. Faute d'adhésion, seule une mesure de protection à destination des majeurs vulnérables pourra éventuellement être mise en place pour surmonter son refus¹. Ces mesures sont subordonnées à la démonstration d'une impossibilité pour la personne de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée de ses facultés mentales ou corporelles². Sauf accident, cette situation a peu de chance de se présenter, le juge s'étant normalement assuré avant son émancipation ou la dispense d'âge nécessaire à son mariage de ses aptitudes et capacités. Le plus simple reste la mise en place d'un accompagnement au bénéfice de l'enfant du parent-mineur. La question du devenir des parents-mineurs émancipés suivit par l'Aide Sociale à l'Enfance se pose, car ne sont émancipés que les mineurs disposant déjà d'une autonomie suffisante, or cette autonomie peut découler de la mesure éducative qui prendra fin en cas d'émancipation. Un parent-mineur en situation de précarité pris en charge dans le cadre de l'Aide Sociale à l'Enfance ne sera probablement pas émancipé s'il n'est pas en capacité de se prendre en charge avec son enfant, sauf à ce qu'il puisse bénéficier d'un accueil dans une structure adaptée à ses besoins comme à ceux de son enfant telle qu'un centre maternel³. L'émancipation a ici un intérêt limité, sauf à délier la protection de l'enfance de la minorité, car les difficultés d'insertions sociales ne disparaissent pas avec l'autorité parentale, et l'accompagnement éducatif garde en cela un certain intérêt. Il serait possible de concevoir une protection reposant sur l'état de minorité et non plus sur l'autorité parentale comme dans la législation québécoise⁴. Le mineur même émancipé continue de bénéficier des mesures prévues dans le cadre de la loi sur la protection de la jeunesse⁵. La protection de l'enfance a pu intervenir dans le cas d'une mineure de 13 ans et demi, mariée à un adolescent de 17 ans⁶.

719. Les difficultés résultant de la disparition de l'autorité parentale en raison de l'émancipation se retrouvent également en matière de responsabilité civile. La disparition des droits parentaux fait ici présumer l'aptitude du parent-mineur à distinguer les comportements fautifs et la portée de ses actes. Le mineur émancipé devient responsable de son comportement au jour de son émancipation sans pour autant pouvoir assumer les conséquences de cette responsabilité et sans que la victime puisse se retourner contre ses parents. La question du dommage causé par le mineur émancipé a été posée par la doctrine dans le silence de l'ancien article 1384 du Code civil. Si la doctrine considérait à l'unanimité que l'émancipation par le mariage déchargeait les parents de plein droit de leur responsabilité au profit

¹ Art. 429 C. civ.

² Art. 425 C. civ.

³ C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, n° 732.

⁴ Loi sur la protection de la jeunesse, LQ 2018 c 12.

⁵ Il convient de signaler que la portée de l'émancipation n'a pas la même valeur en France et au Québec qui connaît deux types d'émancipation, l'émancipation simple qui constitue un stade intermédiaire proche d'un pré-capacité et la pleine capacité qui confère aux mineurs une capacité similaire à celle d'une personne adulte ; v. *infra* n° 768.

⁶ V. Protection de la jeunesse – 305, [1988] R.J.Q. 1131 (T.J.), citée par É. Deleury, D. Goubau *Le droit des personnes physiques*, éd. Yvon Blais, 4^{ème} éd., 2008, p. 436, n° 500.

des époux, certains auteurs¹ se sont questionnés sur son maintien en cas d'émancipation expresse, car « le père qui acceptait l'émancipation de son enfant alors qu'il n'y était pas préparé (ce qu'établira la survenance du dommage...) commettait ainsi une faute »². À l'époque, l'émancipation expresse reposait sur la seule appréciation du parent le juge ne faisait qu'enregistrer la demande, à laquelle s'ajoutait le caractère révocable de cette émancipation dans le cas où le mineur se révélerait inapte à protéger personnellement ses intérêts. Aujourd'hui, ce débat n'a plus lieu d'être, car l'article 413-7 du Code civil considère que la disparition de l'autorité entraîne celle de la responsabilité de plein droit des parents qui ne repose que sur leur seule qualité de père ou de mère pour tous les dommages que pourra causer leur enfant après son émancipation, et cela, même s'il continue à cohabiter avec eux³. L'émancipation a perdu son caractère révocable avec sa nature expresse. Une fois le mineur émancipé, l'autorité parentale ne peut être restaurée, quand bien même le mineur ne serait pas parvenu à assumer les conséquences de son émancipation. La responsabilité des parents peut être retenue en raison de l'impréparation du mineur et du dommage qui en a résulté, elle doit reposer sur la preuve d'une faute personnelle du parent conformément à l'article 1240 du Code civil⁴. Le contrôle d'opportunité opéré par le juge lorsque la demande d'émancipation est introduite permet de s'assurer que le mineur est préparé. La décision d'émancipation est une décision judiciaire et non plus une décision de l'autorité parentale comme l'était l'émancipation expresse, la responsabilité des parents ne peut être retenue pour une décision qui leur échappe. La victime d'un mineur émancipé n'a d'autre choix que de rechercher sa responsabilité personnelle ou la responsabilité personnelle de ses parents sur le fondement du droit commun. Il serait donc pertinent qu'une fois « l'émancipation acquise [celle-ci] devrait entraîner l'obligation de contracter une assurance civile pour pallier l'assurance parentale désormais non mobilisable »⁵.

720. Une autre difficulté se présente concernant la réalisation des actes juridiques. Après son émancipation, le mineur dispose de la capacité juridique nécessaire pour conclure tous les actes de la vie civile, quelle que soit leur gravité ou leur nature, dès lors qu'ils ne font pas l'objet de dispositions spécifiquement prévues par la loi⁶. Si l'émancipation fait présumer le discernement de l'enfant nécessaire à la protection de ses intérêts personnels et patrimoniaux, sa protection spécifique ne se justifie plus. Les actes qu'il conclut ne sont plus susceptibles d'encourir la nullité fondée sur son incapacité, mais surtout ils ne peuvent plus être rescindés en cas de lésion⁷. Le juge doit donc procéder systématiquement à l'évaluation des capacités de gestion du mineur candidat à l'émancipation et cela même lorsque l'émancipation est de nature légale ou lorsque le motif légitime invoqué n'est pas d'ordre

¹ V. sur ce point : J. Julien « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, n° 79.

² *Ibid.* ; v. contra : L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 3^{ème} éd., 1939, n° 504 bis.

³ I. Corpart, « Émancipation », *op. cit.*, n° 96.

⁴ Anc. art. 1382 C. civ.

⁵ J. P. Rosenczveig, D. Youf, F. Capelier, *De nouveaux droit pour les enfants ? Oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie.*, *op. cit.*, proposition n° 1.72.

⁶ V. *supra* n° 714.

⁷ Art. 1149 et 1151 C. civ.

patrimonial. Le mineur émancipé devra éventuellement faire face à ses créanciers, que la dette soit professionnelle¹ ou personnelle. La loi prévoit un avantage dans l'exécution de ses obligations en prévoyant que « les immeubles d'un mineur même émancipé [...] ne peuvent être saisis avant la discussion de leurs meubles »².

721. L'émancipation apparaît risquée pour le mineur, car elle peut conduire à aggraver sa vulnérabilité. À cela s'ajoute le fait qu'il perde également le bénéfice de la suspension de prescription pour les actes conclus antérieurement à son émancipation conformément à l'article 1152 du Code civil, puisqu'il a acquis la capacité d'ester en justice et ne peut donc justifier son inaction par l'inertie de son parent. Ces conséquences peuvent être lourdes à assumer, ce qui explique la diminution du nombre d'émancipation accordées par le juge³ sauf dans les rares hypothèses où le mineur est parvenu à démontrer une maturité et des compétences équivalentes à celles d'une personne majeure. Ce régime fait l'objet de critique en raison de sa rigidité qui ne permet pas de s'adapter aux besoins réels des enfants, faute de trouver un équilibre entre autonomie et protection⁴. Si l'émancipation présente l'avantage de mettre en conformité le statut personnel de mineur avec son statut de parent tant sur l'aspect patrimonial, qu'extrapatrimonial⁵, ses conséquences en matière de protection peuvent conduire à aggraver une situation de vulnérabilité dans laquelle peuvent se trouver les parents-mineurs.

¹ Tout comme le mineur non émancipé : art. 1149 al. 3 C. civ.

² Art. L. 311-8 CPC Exé.

³ Pour rappel : 4 253 émancipations volontaires ont été comptabilisées en 1961 et 29 352 en 1973 : (v. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 908) ; pour 983 émancipations en 2003 (annuaire de la Justice, 2005, *La doc. fr.*), et 1313 demandes en 2010 (annuaire statistique de la Justice, éd. 2011-2012, *La doc. fr.*, p. 45).

⁴ V. I. Corpart. « Émancipation », *op. cit.*, n° 89.

⁵ En effaçant l'articulation entre les droits simplement personnels absorbés par l'autorité parentale et les droits éminemment personnels qui demeurent exercés par leur titulaire.

Section II : Vers une proportionnalité de la protection du parent-mineur

722. « Une émancipation qui donne à des jeunes gens les droits et les devoirs des adultes ne correspond plus nécessairement aux aspirations de la société et au cadre de la protection de l'enfance. »¹ Selon un auteur, elle constitue la meilleure comme la pire alternative offerte aux mineurs². Ce constat conduit à proposer une voie médiane en préférant une pré-majorité à la radicalité de l'émancipation. L'idée est d'offrir à la protection du mineur une flexibilité suffisante pour s'adapter à son statut de parent, sans avoir à la sacrifier. « La protection du mineur a pour but d'assurer la conquête de sa majorité, pour l'aider à devenir adulte »³ et non à le maintenir dans son état d'enfant durant toute sa minorité⁴, surtout lorsqu'il fait des choix que beaucoup pensent réservés aux adultes, comme devenir parent. Cette pré-majorité ne doit pas se confondre avec l'exercice des droits éminemment personnels. Ces droits exercés indépendamment de la situation juridique de leur titulaire et n'ont pas vocation à anticiper quoi que ce soit et relèvent moins de l'exception de la protection que du principe de la personnalité juridique. Il existe un certain nombre d'aménagements prévus par la loi susceptibles de nuancer l'exercice des droits parentaux en fonction du discernement acquis par l'enfant, et ce, quelle que soit la nature du droit exercé. Ces mécanismes permettent d'introduire un principe de nécessité et de proportionnalité dans la protection pour l'adapter aux besoins de l'enfant. Ces dispositions autoriseraient un assouplissement des modalités des droits parentaux. L'objectif est d'offrir au parent-mineur une véritable autonomie décisionnelle sur laquelle repose le concept de pré-majorité (§ 1), autonomie qui pourra être étendue à la conclusion des actes juridiques par l'aménagement d'une pré-capacité (§ 2). Ce sont ces mécanismes qui vont permettre d'offrir à l'enfant un statut personnel en adéquation avec son statut parental.

§ 1 : L'élaboration d'une pré-majorité du parent-mineur

723. « L'humanité a sa place dans l'ordre des choses ; l'enfance a la sienne dans l'ordre de la vie humaine ; il faut considérer l'homme dans l'homme, et l'enfant dans l'enfant »⁵. Comme pour la protection du majeur en son temps, il est nécessaire de s'interroger sur la vocation de l'autorité parentale. Ce droit est-il attribué aux parents dans l'objectif de réduire l'enfant à son immaturité ? Ou au contraire permettre de l'accompagner vers une maturité qui ne s'acquiert pas le jour de la majorité ? L'enfant s'est

¹ I. Corpart, *op. cit.* ; P. Salvage-Gerest, « Émancipation », *op. cit.*, n° 65.

² M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », in *L'enfant, la famille, l'argent*, colloque LERADP, LGDJ 1991, n° 16.

³ J. Klein, F. Gemignani, *Les personnes vulnérables : 102e Congrès des notaires de France*, 21-24 mai 2006, p. 273.

⁴ J.-J. Rousseau, *Émile ou de l'éducation*, éd. Gallimard, Coll. Folio essais, 2014, livre II, p. 149 : « [...] Si vous leur [les enfants] épargnez avec trop de soin toute espèce de mal-être vous leur préparez de grandes misères, vous les sortez de leur état d'hommes dans lesquels ils rentreront un jour malgré vous. »

⁵ *Ibid.*, p. 139.

vu progressivement attribuer des droits dont l'exercice est conditionné comme pour les majeurs au discernement de leur titulaire, comment évaluer une faculté dont l'enfant est présumé dénué ? De cette difficulté dépend l'élaboration d'une pré-majorité susceptible d'articuler l'aptitude décisionnelle reconnue aux parents-mineurs (A) et de nature à justifier une modification des modalités d'exercice de l'autorité de leurs parents qui, contrairement à ce qui se passe en cas d'émancipation, n'est pas réduite au silence (B).

A- L'évaluation du discernement de l'enfant préalable à toute pré-majorité

724. L'évaluation de l'aptitude à exercer personnellement un droit ne revient pas à l'enfant lui-même, mais à son parent et le cas échéant au médecin, au juge ou tout autre interlocuteur. « Attendu que chacun est présumé faire toutes choses pour son bénéfice propre, en sa propre cause nul n'est l'arbitre qui convient »¹. L'exercice de ses droits est conditionné par la subjectivité des personnes auxquelles il s'adresse, au sens où son aptitude et sa capacité dépendent de la conception que chacun peut se faire de la notion de « discernement ». Cette subjectivité conduit inévitablement à créer une disparité de traitement (1). Il convient de s'interroger sur l'intérêt de recourir à des critères permettant de faire présumer le discernement de l'enfant. Le mineur serait en capacité d'exercer lui-même les droits dont il est titulaire, dès qu'il dispose d'une vie juridique qui se distingue de celle de ses parents justifiant une plus grande souplesse dans sa protection juridique (2).

1. L'évaluation qualitative et subjective du discernement des mineurs

725. « Le mineur est protégé non pour la fragilité de son corps, mais à cause de l'infirmité présumée de son esprit »², le parent est amené par son autorité à substituer sa volonté à celle de son enfant présumée défaillante. Cette inaptitude n'est pas totale, car les mineurs discernant peuvent exprimer une volonté concurrente à celle exprimée par leurs parents à laquelle la loi confère selon les circonstances soit la forme d'un avis³, d'une autorisation⁴, ou d'un consentement⁵. Chacune de ces interventions est conditionnée à l'existence d'un même critère : son discernement sans qu'aucune précision ne soit apportée, laissant penser que cette notion revêt un caractère uniforme. À l'opposé du mineur, un adulte momentanément privé de discernement perd l'exercice de ses droits au profit d'un protecteur dont l'intervention est modulée en fonction de l'intensité de la perte de son aptitude à décider. Le

¹ T. Hobbes, *Le léviathan*, *op. cit.*, chap. 15. « Des autres lois de nature », dix-septième loi, p. 264.

² G. Cornu, « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. 2, Dalloz et Sirey, 1961, pp. 9 s.

³ Art. 371-1 al. 4 C. civ.

⁴ Ex. : en matière de changement de prénom, car l'article 60 al. 2 C. civ., subordonne la décision du parent au « consentement » de l'enfant de plus de 13 ans. Si la loi fait référence au consentement, il s'agit en réalité d'une autorisation, car c'est le parent qui est à l'origine de la décision et c'est l'enfant qui l'autorise à poursuivre, contrairement au consentement qui laisse supposer que la personne est à l'origine de la décision ; sur la distinction consentement/autorisation, v. *infra* nos 744 s.

⁵ C'est le cas des droits dont la nature est éminemment personnelle où l'enfant doit être à l'origine de la décision. Ex. : en matière d'audition judiciaire de l'article 388-1 C. civ. qui prévoit que « [...] le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge [...] ».

discernement est la condition préalable à toute capacité d'exercice reconnue aux personnes physiques, en tant qu'aptitude à exprimer une volonté et conditionnant l'exercice d'un droit dont la personne est titulaire. La loi ne définit par ce qu'est le discernement. Cette notion n'est pas uniforme et prend une signification différente selon le contexte dans lequel elle intervient, consacrant implicitement l'acquisition progressive de la maturité des mineurs. La minorité n'est pas une période homogène, le recours au discernement permet d'appréhender différemment les *infans*, des pré-adolescents, des adolescents¹.

726. En matière pénale, le discernement est généralement présenté comme l'« aptitude à distinguer le bien du mal »² dont l'acquisition par le mineur se ferait à « l'âge de raison »³, le rendant capable de s'obliger de manière délictuelle⁴. Cette première définition renvoie à une notion de discernement bien spécifique, présente à l'article 122-8 du Code pénal qui dispose que « les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables »⁵. La législation répressive recherche avant tout la sanction d'un comportement inadapté, cette sanction n'a d'intérêt que si la personne est apte à en saisir le sens et la portée⁶. Cette aptitude requiert que l'auteur parvienne à distinguer le bien du mal et comprenne le mal qu'il a engendré⁷. Cette vision du discernement est marquée par l'impératif pénal et ne permet pas de définir le discernement dans son intégralité en tant que condition de la capacité juridique. L'accent est mis ici sur l'aptitude individuelle à respecter les règles imposées par la vie en société. Transparaît de cette définition l'essence du discernement, à savoir la notion de volonté et plus précisément celle d'une transgression dans un objectif déterminé qui est de faire le mal. Le discernement est ici la propension des individus à manifester leur volonté qui n'est elle-même qu'une compétence factuelle consistant à évaluer la portée d'un acte ou d'une action et à se décider⁸. Cette aptitude est aussi assimilée à la notion de « raison », qui serait la « capacité naturelle de discernement, l'aptitude à comprendre [...], de ce qui

¹ V. sur cette notion : V. Pétrau-Mahrach, *Le discernement du mineur : étude de droit civil et de droit pénal*, thèse dactyl. Poitiers, 2004.

² P. Bonfils, « Le discernement en droit pénal », in *Mélanges R. Gassin*, éd. PUAM, 2007, pp. 97 s., spéc. p. 99.

³ Cet âge débiterait à compter des sept ans de l'enfant : *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), éd. PUF, coll. Quadrige, 10^{ème} éd., 2014, v. « discernement » (sens 1), p. 350. Suite au conseil des ministres du 11 septembre 2019, le gouvernement a annoncé que le projet d'ordonnance réformant la justice des mineurs, en cours d'élaboration au moment d'écrire ces lignes, qu'une disposition de ce texte proposera de fixer à 13 ans le seuil en dessous duquel un mineur sera présumé non-discernant. Cette présomption sera vraisemblablement une présomption simple susceptible d'être renversée en démontrant que le mineur disposait d'un discernement suffisant au moment de la commission des faits qui lui sont reprochés.

⁴ *Vocabulaire Juridique*, loc. cit. ; « *malitia supplet aetatem* » : qu'il est possible de traduire par : « la malice tient lieu d'âge », v. F. Dekeuwer-Defossez, « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *Recherches familiales*, 2012/1, n° 9, pp. 163 à 171.

⁵ V. l'arrêt Laboube, Cass., ch. crim., 13 décembre 1956, *D.* 1957, p. 349, note M. Patin. La Cour retient la responsabilité pénale d'un enfant de moins de treize ans, car doté de discernement.

⁶ Pour une comparaison de la notion de discernement en droit civil et pénal, v. V. Pétrau-Mahrach, *Le discernement du mineur : étude de droit civil et pénal*, Thèse dactyl., Poitiers, 2004 ; F. Dekeuwer-Defossez, « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *op. cit.*

⁷ F. Agostini, « Compétence », in *Rep. pén.*, Dalloz, février 2015, (actualisation février 2017), n° 463 : « Elle [la notion de discernement] implique que le mineur de 18 ans qui participe matériellement à la commission d'une infraction ait compris et voulu cet acte. »

⁸ *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*

est juste et de ce qui est possible [...] »¹ de chaque personne, il s'agit de la faculté consistant à préserver au mieux des intérêts individuels dans les limites imposées par la loi et l'intérêt collectif².

727. La notion de discernement qui n'a rien d'uniforme demeure marquée par la temporalité propre à la minorité. Elle peut évoluer et renvoyer sans distinction à de multiples réalités qui ne correspondent pas nécessairement à celles dans lesquelles se trouve le mineur au moment où le texte lui sera appliqué. Dans sa conception la plus simple et la moins évoluée, le discernement est l'aptitude de la personne à exprimer une volonté propre, distincte dans le cas du mineur de celle de son parent. Lorsqu'une personne n'est plus apte à s'exprimer, elle perd l'exercice de ses droits. Par exemple, l'expression de la volonté est la seule condition de discernement requise pour l'exercice des droits éminemment personnels. Le parent qui ne peut manifester sa volonté est privé de l'exercice de son autorité parentale conformément aux dispositions de l'article 373 du Code civil³. Vient s'ajouter par la suite la capacité de la personne à distinguer le bien du mal. Il s'agit d'un discernement marqué par l'aptitude du mineur à juger de la conformité ou non de son comportement par rapport aux règles que la société lui impose. C'est à ce discernement que se réfère l'article 122-8 du Code pénal. Cette faculté viendrait marquer l'entrée de l'enfant dans l'« âge de raison ». Cette étape franchie ne signifie pas que le mineur est pour autant devenu « raisonnable », c'est-à-dire un individu « doué de discernement ; doté d'une capacité normale (moyenne) de compréhension (critère *in abstracto*) »⁴. Cette notion de discernement est entendue dans le sens de la compréhension qui est généralement la forme de discernement attendue lors de la conclusion des actes juridiques qui requièrent un consentement libre et éclairé. Cette compréhension n'est généralement obtenue que si la personne est apte à raisonner ou du moins présumée pouvoir le faire. L'acquisition de ce degré de discernement n'est présumée qu'une fois la majorité acquise⁵. Attendre d'un enfant qu'il puisse faire preuve d'un discernement dans sa forme la plus aboutie, entendue comme l'expression d'une volonté raisonnable strictement conforme aux intérêts de celui qui l'exprime, conduit inévitablement son interlocuteur à rechercher ce qui manque précisément au mineur pour être considéré comme un majeur. C'est cette maturité assimilée à la raison qui est recherchée en matière d'émancipation par le juge et qui explique la forte diminution du recours à cette institution⁶. Cette conception appréhende la minorité par le prisme de l'inexpérience et conduit à envisager une incapacité de défiance dont le mineur ne sera libéré que le jour de sa majorité

¹ *Ibid.*

² Ce que le doyen Carbonnier désigne comme L'intelligence qui renvoie, selon lui, à l'idée d'agir de manière raisonnable, alors que la volonté témoigne de la possibilité de conformer sa conduite à une vision saine des conséquences d'un acte : J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 1, *Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, *op. cit.*, n° 429, p. 890.

³ V. *supra* n° 180.

⁴ G. Cornu, *loc. cit.*

⁵ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. Mazel, éd. Flammarion, 2^{ème} éd., 1992, p. 191, n° 66, car : « l'âge de discrétion [est] le temps auquel un enfant est délivré de la sujétion où il était auparavant par rapport à la volonté et aux ordres de son père, lequel n'est nullement tenu lui-même de suivre la volonté de qui que ce soit ; et qu'ils soient l'un et l'autre obligés à observer les mêmes [...] lois positives de leur pays [...] ».

⁶ V. *supra* nos 689 et 690.

conformément à la pensée développée par J. Locke¹. C'est parce que l'enfant est immature que ses choix représentent un danger éventuel pour la société comme pour lui-même et qu'il convient d'organiser une protection spécifique tant que le mineur ne sera pas présumé doué de raison, ce qui n'advient qu'à sa majorité.

728. Un autre courant de pensée, incarnée par Rousseau, s'est opposé à cette vision de l'enfance : « chaque âge, chaque état de la vie a sa perfection convenable, sa sorte de maturité qui lui est propre »². Ce courant philosophique critique la recherche de la raison chez un enfant qui ne peut encore y parvenir. Selon Rousseau, « de toutes les facultés de l'homme la raison, qui n'est qu'un composé de toutes les autres, est celle qui se développe le plus difficilement et le plus tard »³ ; selon lui, l'éducation dispensée par les parents durant la minorité a pour objectif d'accompagner l'enfant vers la raison pour qu'une fois sa majorité acquise, il puisse être une personne raisonnable intégrée dans la société. Rechercher la raison d'un adulte⁴ dans le discernement d'un enfant est voué à l'échec, car « c'est commencer par la fin, c'est faire l'instrument de l'ouvrage »⁵. Le raisonnement de l'enfant selon sa maturité est soit encore inexistant, soit inachevé. La notion de discernement vient une nouvelle fois cristalliser les conflits entre les différents courants philosophiques qui ont marqué la construction juridique de l'enfance et avec elle celle de la minorité. Par la volonté de concilier d'une part la conception portée par Locke qui privilégie une protection et un paternalisme marqués par une certaine défiance à l'égard de l'enfant⁶, avec la pensée de Rousseau qui reconnaît dans l'enfant une capacité et une responsabilité qui lui sont propres bien qu'inachevées⁷, il est possible de proposer une protection évolutive capable de s'adapter aux besoins de protection de l'enfant⁸ et non l'inverse⁹. Cette confrontation a favorisé la naissance de la Convention des droits de l'enfant qui ne se limite pas à rappeler que l'enfant bénéficie, comme toute

¹ J. Locke, *op. cit.*

² D. Youf *Penser les droits de l'enfant*, éd. PUF, coll. question éthiques, 1^{ère} éd., janvier 2002, p. 24, l'auteur attribue la citation à J.-J. Rousseau dans son ouvrage *Émile ou de l'éducation* (E. 203).

³ J.-J. Rousseau, « Émile ou de l'éducation », *op. cit.*, livre II, p. 153

⁴ La Raison ou le discernement entendu comme une volonté conforme en tout point aux intérêts de la personne est difficile à obtenir dans les faits. Même un adulte qui s'estime dépassé pour exprimer une volonté raisonnable en raison de la technicité de la matière ou de sa situation de vulnérabilité, peut solliciter l'avis d'une autre personne et au besoin se faire accompagner (v. sur l'avis *infra* n^{os} 751 s. et sur l'accompagnement *infra* n^{os} 772 s.). Cela illustre le constat selon lequel le discernement entendu dans son aspect le plus abouti demeure dans les faits complexe à obtenir pour ne pas dire illusoire y compris à l'égard de l'adulte. Par ailleurs, il s'agit ici de l'intérêt d'une présomption légale liée à la majorité qui permet de conclure à la raison sans devoir recourir à une appréciation *in concreto* de la véritable aptitude des personnes. Contrôle qui pourrait aboutir pour nombre d'entre elles à mettre en lumière leur difficulté d'appréciation entraînant une diminution de leur autonomie sans pour autant souffrir d'une altération de leurs facultés justifiant l'ouverture d'une mesure de protection juridique. Ce constat a notamment provoqué l'essor de la protection accordée aux consommateurs ou encore celle reconnue aux patients, dont l'objectif est de pallier leur vulnérabilité tout en préservant leur autonomie juridique.

⁵ J.-J. Rousseau, *Émile ou de l'éducation*, *op. cit.*, livre II, p. 153.

⁶ G. Cornu, « L'âge civil » in *Mélanges P. Roubier*, 1970, p. 10 : « Le mineur est protégé non pour la fragilité de son corps, mais à cause de l'infirmité présumée de son esprit ».

⁷ V. D. Youf, *op. cit.*, pp. 24 et s.

⁸ V. J. Klein, F. Gemignani, *Les personnes vulnérables : 102^e Congrès des notaires de France*, Strasbourg, 21-24 mai 2006, p. 273 : « La protection du mineur a pour but d'assurer la conquête de sa majorité, pour l'aider à devenir adulte ».

⁹ Ce débat ressort notamment des positions doctrinales en matière de capacité *ad agendum* du mineur, entre le courant qui défend la « spécificité de l'action en justice » qui trouve son inspiration dans la pensée de Locke et le courant du « droit servant » qui reprend la pensée de Rousseau ; *in fine* ces positions doctrinales se retrouvent aussi à l'égard du parent-mineur entre les auteurs qui estiment qu'il n'est pas en capacité de représenter son enfant et ceux qui concluent à une capacité parentale ; v. *supra* n^{os} 341 s.

personne juridique, des droits de l'homme, mais reconnaît aussi la spécificité de l'enfance¹. Le législateur préfère se référer au « degré de maturité » plutôt qu'au discernement, auquel la jurisprudence juxtapose le qualificatif de « suffisant ». Ces notions ne sont donc pas uniformes tout comme l'aptitude et la capacité des personnes.

729. Cette thèse permet d'expliquer les difficultés rencontrées en pratique², car contrairement au majeur dont l'altération des facultés doit être médicalement constatée³, l'évaluation du discernement du mineur revient à son interlocuteur qui est libre de se contenter de l'expression d'une volonté personnelle ou de rechercher l'expression d'une volonté raisonnable. Un même événement peut faire l'objet d'interprétations différentes et potentiellement divergentes⁴. Le choix de l'enfant d'assumer sa charge parentale peut être interprété soit comme une preuve de maturité face à un mineur qui souhaite assumer son rôle⁵, soit au contraire comme un acte irréfléchi exposant le parent-mineur à des problématiques d'adulte, marquant une impulsivité contraire à ses intérêts permettant de faire présumer le caractère irraisonnable de ses choix⁶. Entre ces deux visions de la maternité ou de la paternité des mineurs existe un nuancier qui varie selon les valeurs véhiculées par la société dans laquelle évolue le parent-mineur.

730. Pour limiter l'impact de cette subjectivité, la jurisprudence a tenté de dégager des critères permettant d'évaluer le discernement, notamment en matière de responsabilité⁷. Ces critères ne sont pas clairement arrêtés⁸. Des difficultés sont d'abord apparues dans le cadre de l'audition du mineur, car elle ne peut intervenir qu'à condition que l'enfant dispose d'un discernement suffisant. Cette évaluation relève également de l'appréciation souveraine des juges du fond⁹ qui ne peut être faite *in abstracto*, car il

¹ A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, n° 5 « Cette évolution vers une autre approche de l'enfant n'exclut certes pas la nécessité de le protéger, nécessité sur laquelle la Convention insiste particulièrement dans plusieurs domaines : la santé, l'intégrité morale, les conflits armés, le travail..., mais elle permet d'envisager les droits de l'enfant comme des droits de l'homme vus à travers le filtre de l'enfance. »

² J. Hauser, « Rôle de l'enfant mineur dans les procédures », *RTD. civ.* 1993, p. 341 ; G. Barbier « La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant », *AJ fam.* 2012, p. 498.

³ Art. 425 C. civ.

⁴ Ces problèmes d'interprétation propice au domaine juridique ne sont pas sans rappeler la scène décrite par J. Giraudoux dans l'acte II, scène 5 de sa pièce intitulée *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, où le personnage Brusiris, célèbre juriste itinérant, interprète le comportement des Grecs au vu du droit international comme une insulte à l'honneur des Troyens, synonyme de déclaration de guerre, puis sous la menace d'Hector, il en donne une interprétation inverse toute aussi convaincante selon laquelle par leur comportement les Grecs n'aurait pas souhaité insulter l'honneur des Troyens, mais simplement leur rendre hommage évitant ainsi la guerre : J. Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, GF Flammarion, 2015, pp. 106-111.

⁵ L. Bettoli, « Parents mineurs : la grossesse, facteur de maturation pour les jeunes parents ? quels risques comporte-t-elle ? quel accompagnement à Genève ? », *Médecine & Hygiène*, 2003, vol. 24, pp. 179-191. : « L'arrivée d'un enfant donne un sens à sa vie : le pousse à trouver du travail, à chercher un logement pour la nouvelle famille ».

⁶ D. Sibertin-Blanc, « Le bébé de mère adolescente, à qui appartient-il ? », *Revue de médecine et santé de l'adolescent*, décembre 2001, n° 2 : « nombreuses parmi ces mères adolescentes, par la peur qu'elles inspirent et les soupçons que leurs comportements font naître sont plus surveillées et jugées qu'aidées à poursuivre leur double itinéraire : celui inachevé de leur adolescence et celui engagé trop tôt et souvent bien mal dans le processus de la parentalité. Et leurs enfants, "des enfants d'enfants", sont des candidats idéaux pour tomber dans les logiques administratives de ceux qui "au nom de l'intérêt de l'enfant" veillent à leur protection. »

⁷ Ex. : Cass., civ. 2^{ème}, 6 juillet 1978, *RTD. civ.* 1979, p. 387, obs. G. Durry : le discernement s'apprécie par rapport à l'âge, au développement physique, à l'intelligence et à la réaction du mineur face aux conséquences de son acte.

⁸ A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, n° 30.

⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 20 févr. 1985, *Bull. cin.* I, n° 71 ; Cass., civ. 1^{ère}, 18 novembre 1981, *JCP* 1981, IV, p. 47 ; Cass., civ. 1^{ère}, 12 avril 2012, n° 11-20.357, *D.* 2012, Pan. 2267, obs. A. Gouttenoire ; Cass., civ. 1^{ère}, 15 mai 2013, n° 12-12.224, *D.* 2013, Pan. 2073, obs. A. Gouttenoire.

s'agit d'une question factuelle qui implique une appréciation qualitative du discernement¹. « La subjectivité du magistrat, sa sensibilité personnelle seront en œuvre en cette matière, et que, pour d'aucuns, un enfant de cinq ans aura lieu d'être entendu alors que, pour d'autres, la limite sera autour de treize ans »². Le discernement de l'enfant dépend non seulement de l'interprétation donnée à sa maturité, mais aussi du contexte dans lequel il intervient (contractuel, procédural, délictuel...) et résulte soit de la nature du droit exercé, soit des conséquences de l'acte juridique réalisé. Le discernement attendu différera s'il s'agit de donner un avis, une autorisation ou un consentement ou lors de la réalisation d'un acte usuel ou non usuel, d'un acte de conservation ou un acte de disposition. Cette méthode d'évaluation du discernement part du droit exercé et le résultat attendu et ne se focalise plus exclusivement sur le discernement réel de l'enfant. La cause sera évaluée en fonction de ses conséquences. Cette conception atteint ici une limite, car elle donne aux actes une plus grande importance juridique qu'ils n'en ont réellement, face à une volonté individuelle qui est évaluée selon la gravité réelle ou supposée des conséquences entraînées par les décisions et les actes envisagés.

731. La législation et les juges tentent de se rapprocher du discernement réel des individus en recourant à un faisceau d'indices³, notamment lorsque l'exercice du droit produit des effets indéterminés et qu'il n'aboutit pas à la réalisation d'un acte juridique permettant d'en évaluer son impact sur l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation a pu se référer à l'âge, au développement physique, à l'intelligence et à la réaction du mineur face aux conséquences de son acte⁴. Cette méthode oblige la loi et le juge à détacher l'évaluation du discernement nécessaire à l'exercice du droit de ses conséquences juridiques. Certains des éléments utilisés font écho au test de maturité élaboré par lord Fraser à l'issue de l'affaire Gillick⁵. Ce test regroupe un certain nombre de questions auxquelles le soignant doit répondre par l'affirmative avant de considérer l'enfant comme suffisamment mature⁶. Cette méthode d'appréciation du discernement de l'enfant a été transposée dans notre législation, l'article L. 1111-5 du Code de Santé publique sur le secret médical opposable aux parents en fournit une illustration⁷. Pourtant, même guidés dans leur raisonnement, les interlocuteurs du mineur sont susceptibles d'apprécier différemment les réponses apportées. Il conviendrait éventuellement d'objectiver le

¹ V. F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G* 1984, I, p. 3142.

² J. Bigot, « Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *AJ. fam.* 2009, p. 324 ; v. aussi : F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, Une institution en cours de formation : la prémajorité », *op. cit.*

³ A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, n° 30.

⁴ Ex : Cass., civ. 2^{ème}, 6 juillet 1978, *RTD. civ.* 1979, p. 387, obs. G. Durr.

⁵ Gillick contre West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, 1985, 3 *Weekly Law Report* 830.

⁶ 1- Est-ce que l'enfant a explicitement demandé à ce que ses parents ne soient pas informés des soins ou traitement qu'ils reçoivent ? 2- Avez-vous tout fait pour le convaincre de les en informer ? 3- L'enfant a-t-il expliqué pourquoi il ne souhaite pas que ses parents soient informés ? 4- Est-ce que l'enfant est en mesure de comprendre les avertissements et les informations que vous lui donnez et est-il suffisamment mature pour comprendre les conséquences et les implications de sa décision ? L'enfant est-il libre de son choix ou subit-il une influence extérieure ? 5- Êtes-vous certain que votre action permet de préserver ou améliorer la santé de l'enfant ? 7- Sans votre intervention l'enfant risque-t-il de souffrir sur le plan physique ou émotionnel ? 8-L'intérêt supérieur de l'enfant exige-t-il que cette prise en charge soit réalisée sans le consentement parental ?

⁷ V. *supra* nos 81 s.

discernement de l'enfant pour limiter l'impact d'une appréciation subjective de son évaluation. Cette méthode passe notamment, par la recherche d'éléments de nature à faire présumer la maturité de l'enfant, susceptibles de démontrer l'existence d'une vie juridique autonome impliquant une plus large autonomie dans l'exercice de ses droits.

2. *Vers une objectivisation et une quantification du discernement due à une vie juridique autonome*

732. Le droit français connaît uniquement deux statuts, celui de la minorité et celui de la majorité, au sein desquels aucune distinction n'est faite entre les différentes étapes qui marquent la minorité, donnant l'impression d'un régime de protection uniformisé. Sous la pression de la reconnaissance progressive des droits de l'enfant, la législation s'est peu à peu adaptée afin d'articuler l'exercice de ces droits avec l'autorité des parents. L'appréciation subjective du discernement peut être source d'inégalité entre les personnes¹ et d'insécurité dans les interactions juridiques de l'enfant². Il convient de recourir à des critères objectifs susceptibles de quantifier l'aptitude de l'enfant à décider, permettant de faire présumer son discernement, à charge pour ses interlocuteurs d'en apporter la preuve contraire. Ces seuils objectifs peuvent être constitués par référence soit à un âge déterminé, soit à la survenance d'un événement précis.

733. Si l'acquisition du discernement résulte à la fois du développement physique et psychique de l'enfant associé à l'expérience qu'il a accumulé durant sa minorité, l'écoulement du temps, par nature, favorise sa maturation. L'âge de la personne peut être utilisé afin d'organiser l'exercice progressif de ses droits durant sa minorité. Ce critère présente l'avantage d'être non seulement quantifiable, mais aussi de s'imposer à tous, à la condition bien entendu, que l'individu puisse accéder à son état civil. Pour exemple la législation québécoise, organise une capacité civile progressive reposant sur des seuils basés sur l'âge qui octroie une valeur juridique suffisante à la volonté de l'enfant. Le mineur sera en capacité d'exercer un certain nombre de droits dont il est titulaire, qu'ils soient de nature patrimoniale ou simplement personnelle. Dès quatorze ans, l'enfant pourra par exemple consentir et refuser des soins médicaux³, avoir accès à son dossier médical⁴, réaliser tous les actes relatifs à son travail⁵, contrôler la gestion de ses biens par son tuteur légal⁶. Ces droits seront exercés de manière concurrente à ceux des parents. Cette coexistence donne à ces seuils la portée d'une véritable pré-majorité et pas seulement

¹ V. *supra* n° 731.

² E. Alfandari, F. Dekeuwer-Defossez, F. Monéger, P. Verdier, P.-Y. Verkindt, « Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant », in rapport au secrétaire d'État à la famille, aux personnes âgées et aux rapatriés, *La doc. fr.*, coll. des rapports officiels, 1993.

³ Art. 14 al. 2 C. civ. Q.

⁴ Loi sur les services de santé et les services sociaux, LRQ, c. S-4.2, art. 17.

⁵ Art. 156 C. civ. Q.

⁶ Art. 246 C. civ. Q. ; v. sur ce point : É. Deleury, D. Goubau, « Le droit des personnes physiques », *op. cit.*, p. 413, n° 477. Ce contrôle est aussi présent lorsque la fonction de tuteur légal est exercée par les parents.

celle d'une anticipation comme peut l'être l'émancipation¹. À compter de seize ans, l'enfant se voit reconnaître le droit de conduire, d'être émancipé simplement² ou pleinement³.

734. Néanmoins, la référence à un âge déterminé présente un certain nombre d'inconvénients. Cela conduit inévitablement à créer des effets de seuil, l'âge se compte bien sûr en année, mais aussi en mois, en jours et en heures. Une personne peut passer directement de l'incapacité à la capacité sans que sa maturité ou son discernement n'ait subi de véritables bouleversements justifiant un brusque passage de l'ombre à la lumière⁴. Cette transition brutale oblige à prévoir des dispositions spécifiques pour remédier à ces effets de seuil⁵, dont l'objectif poursuivi est généralement d'étendre la protection au-delà de sa durée légale, plutôt que de la réduire. De plus, ces seuils ont pu être utilisés pour encadrer l'exercice de droits qui par leur nature éminemment personnelle échappent en principe à l'autorité parentale, ce qui est présenté à tort comme des aménagements permettant de favoriser l'autonomie des enfants, alors qu'elles ne font que la restreindre. L'accès des mineurs à la contraception⁶, dans son régime antérieur à la loi de 1974⁷, en donne l'exemple le plus marquant, en accordant aux parents le choix de la poursuite de la maternité en lieu et place de la mère mineure⁸. Cet encadrement est également intervenu en matière d'audition en justice, la loi du 22 juillet 1987⁹ limitait cette possibilité aux enfants de plus de treize ans, avant que l'audition ne devienne un droit du mineur conditionné à son discernement¹⁰. En théorie, les droits dont la nature est éminemment personnelle ne requièrent pas l'intervention du législateur pour leur exercice. Ils ne dépendent pas de l'âge ou de la situation personnelle de leur titulaire et le discernement attendu est minimal¹¹. Seul le discernement est requis, l'existence d'un seuil d'âge légal n'ouvre pas l'exercice de ce droit, mais tend à le restreindre¹². La Cour

¹ Sur les conséquences de l'émancipation, v. *supra* nos 703 s.

² Art. 167 C. civ. Q.

³ Art. 175 al. 2 C. civ. Q. : « Elle peut aussi, à la demande du mineur, être déclarée par le tribunal pour un motif sérieux ; en ce cas, le titulaire de l'autorité parentale, le tuteur et toute personne qui a la garde du mineur doivent être appelés à donner leur avis ainsi que, s'il y a lieu, le conseil de tutelle. ».

⁴ Ex. en matière pénale : Cass., ch. crim., 3 sept. 1985, *Bull. crim.*, n° 283 ; *Rev. science crim.* 1986, p. 355 et 647, où une personne née en fin de matinée commet le jour de ses dix-huit ans une infraction criminelle l'après-midi, son crime relevait de la cour d'assise ordinaire qui n'avait plus à prendre en considération l'excuse de minorité pour établir le *quantum* de la peine. Alors que si son infraction avait été commise seulement quelques heures plus tôt, cette personne même aurait bénéficié du régime spécifique des mineurs. Sa maturité n'a pas pu changer à ce point en une après-midi ; v. É. Deleury, D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, *op. cit.*, p. 429 s., n° 496 ; sur l'allégorie de la caverne : v. *supra* n°16.

⁵ Ex. : décret n° 75-96 du 18 février 1975, fixant les modalités de mise en œuvre d'une action de protection judiciaire en faveur des jeunes majeurs, *JO*, 19 février 1975, p. 2030.

⁶ V. *supra* nos 41 s.

⁷ Loi du 4 décembre 1974, n° 74-1026, Portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, *JO* 05 décembre 1974, p. 2123

⁸ V. *supra* n°64 ; l'art. L. 160-2 CSS modifié par la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016, limite la prise en charge personnelle des frais de santé en cas de maladie ou de maternité, à l'enfant qui a atteint l'âge de seize ans, alors que la maternité peut intervenir avant cet âge et repose avec la paternité sur l'exercice de droits éminemment personnels, ce qui revient inévitablement à en limiter la portée.

⁹ Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987.

¹⁰ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993.

¹¹ Pour l'autorité parentale, l'aptitude à exprimer une volonté semble suffire conformément à l'article 373 C. civ.

¹² Ex. : avant 2008, les juges allemands entendaient les enfants dès qu'ils étaient doués de parole et donc apte à exprimer une volonté qui leur est propre, jusqu'à ce que la loi du 17 décembre 2008 n'impose l'audition qu'à partir de quatorze ans, sauf si les inclinations, liens ou volonté de l'enfant ont un intérêt pour la décision ou si une audition personnelle est indiquée pour d'autres raisons que le juge devra préciser. (FGGRG, Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 17 décembre 2008, *JO BGBl. I*, p. 2586.)

de cassation a rappelé que la seule référence à l'âge de l'enfant ne permet pas de déduire son absence de discernement¹. Cette méthode d'évaluation quantifiée tend, lorsqu'elle est utilisée de manière isolée, à remplacer l'arbitraire d'une évaluation subjective par l'arbitraire d'un seuil fixé *in abstracto* qui ne tient pas compte de la maturité réelle de l'enfant et ne permet pas à lui seul d'en déduire le discernement dès lors qu'il n'a pas été fixé par la loi.

735. Les auteurs favorables à l'établissement d'une pré-majorité avancent la possibilité de faire présumer le discernement de l'enfant à partir de ses treize ans². Ils se réfèrent à la gradation des peines en matière pénale et soulignent l'existence d'aménagements similaires en droit civil comme en matière d'adoption, de changement de prénom et de nom de famille, pour lesquels l'autorisation de l'enfant est requise. Par principe, l'autorisation requiert le discernement de l'enfant qui sera légalement présumé dès treize ans. Bien qu'il soit inenvisageable de déterminer l'âge à compter duquel un mineur est susceptible d'accéder au statut de parent, il est possible de déterminer l'âge à compter duquel il entre dans la puberté et dispose des capacités reproductrices lui permettant d'y accéder. Celui-ci a été estimé en moyenne à 15 ans chez les hommes et à 13 ans chez les femmes³, ce qui coïnciderait avec les propositions doctrinales, bien que l'âge de la puberté ait tendance à diminuer. Ce seuil s'accompagnerait nécessairement d'une appréciation « qualitative » du discernement si la présomption instaurée en faveur de l'enfant demeure réfragable. C'est à son interlocuteur de prouver son immaturité⁴.

736. Il est possible de faire présumer non seulement le discernement de l'enfant, mais aussi son besoin d'autonomie en se référant à un ou plusieurs événements spécifiques associés, le cas échéant, à un seuil d'âge afin d'accorder à sa volonté une plus grande valeur juridique, ou encore de lui conférer des droits liés à sa situation. Sans en dresser une liste exhaustive, il existe un certain nombre de dispositions qui procèdent à cette objectivisation de la maturité de l'enfant. Pour exemple, l'article L. 861-1 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale prévoit que les personnes mineures ayant atteint l'âge de seize ans dont les liens avec la famille sont rompus, peuvent bénéficier à titre personnel et à leur demande de la Couverture médicale universelle complémentaire. L'article offre, dans son alinéa 4, cette même possibilité aux étudiants sous condition de ressources. Enfin, l'article L. 160-2 de ce même Code prévoit à l'alinéa 4 que l'enfant qui, à compter de ses seize ans, poursuit des études supérieures bénéficie automatiquement de la prise en charge de ses frais de santé à titre personnel. Ces articles offrent des exemples d'événements susceptibles de faire évoluer le statut de l'enfant en fonction de son besoin

¹ Cass., civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, n° 14.11392, *RJPF* 2015-4/27, obs. I. Corpart. ; *AJ. fam.* 2015, p. 282, obs. S. Thouret.

² J.-P. Gridel, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, p. 90 ; J. Roque « La pré-majorité », *Dr. fam.*, avril 2009, étude n° 20 ; J.-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD. civ.*, 1997, p. 1., n.b.p. n° 128.

³ E. De la Rochebrochard, « La puberté des filles et des garçons en France », *Population* n° 6, 1999, Ined, Paris ; Enquête analyse du comportement sexuel des jeunes (ACSJ), menée en 1994 par l'Agence nationale de recherches sur le sida auprès de 6 175 adolescents (3 341 garçons et 2 834 filles), nés entre 1975 et 1978.

⁴ J. Roque, *op cit.*

d'autonomie et cela sans pour autant mettre fin aux droits parentaux. Que l'enfant perde les liens qu'il entretenait avec ses parents ou qu'il devienne étudiant, ces deux événements font présumer un besoin d'autonomie de nature à faire évoluer sa situation juridique, ce qui n'est pas sans rappeler l'émancipation de fait fondé sur la vie autonome de l'enfant consacré par la législation espagnole¹. L'association de la parenté avec une présomption de discernement du mineur similaire à celle dont il bénéficie dans l'exercice de son autorité parentale ne rencontre aucun obstacle juridique, pas plus que le fait de lui reconnaître l'exercice de droits spécifiques rendus nécessaires par son nouveau statut (par exemple en matière d'assurance, ou de consentement aux soins et d'accès au dossier médical). En devenant parent, l'enfant bénéficie par ce statut d'une vie juridique autonome de celle de son parent, justifiant un assouplissement de sa protection. Par exemple, l'article 395 alinéa 2 du Code civil exclut les mineurs non émancipés de l'exercice des charges tutélaires sauf s'ils sont le père ou la mère de l'enfant en tutelle.

737. L'évolution proposée ne va pas sans difficulté, car quel événement prendre en considération pour accorder cette pré-majorité ? Doit-elle résulter du statut de parent, à compter du moment où le mineur exerce l'autorité parentale ? Cela en ferait un effet résultant de la filiation. Ce choix offre l'avantage d'intervenir à un moment où le statut de mineur est perturbé par le statut de parent. Cet événement serait la naissance pour la mère² et la reconnaissance pour le père³. Contrairement à l'émancipation, la pré-majorité peut aménager une autonomie circonstanciée portant sur l'exercice de certains droits ou la réalisation de certains actes en fonction des besoins éprouvés par l'enfant. Si les parents-mineurs sont amenés à exercer l'autorité sur leur enfant et à décider pour lui, il conviendrait d'étendre cette aptitude à leur propre situation personnelle, y compris en matière de capacité juridique compte tenu de la représentation légale qu'ils exercent sur leur enfant. Ce régime offre une alternative viable à l'émancipation par le mariage, en perte de vitesse, et dont l'un des intérêts est d'octroyer aux parents-mineurs l'autonomie nécessaire pour constituer leur foyer. Comme cette présomption demeure simple, elle peut être renversée en prouvant l'absence de discernement du parent, ce qui permet de réintroduire une appréciation qualitative du discernement susceptible de privilégier la protection à l'autonomie de l'enfant. Cette pré-majorité lui permettrait de faire ses preuves non seulement en tant que parent, mais aussi en tant qu'individu via une approche plus globale du discernement des personnes. Le régime actuel ne le permet pas en raison du cloisonnement de ces deux statuts, qui se trouvent à l'origine du paradoxe dans lequel sont enfermés les parents-mineurs.

738. Prendre la naissance de l'enfant comme point de repère ne résout pas toutes les difficultés rencontrées par le parent-mineur. Si la prémajorité se justifie en raison du besoin d'autonomie de

¹ Art. 319 et 164 al. 5, C. civ. esp. ; v. *supra* n° 688.

² V. *supra* n° 134, *mater semper certa est*.

³ Rappelons que les reconnaissances anténatales ne prennent en principe effet qu'à partir de la naissance. Les effets juridiques de cette reconnaissance anticipée étant suspendue durant la grossesse. Ex. : CA Caen, 3e ch. civ., 7 juin 2017, n° 16/01314, *Juris-Data* n° 2017-012460 ; *Dr. fam.* n° 11, novembre 2017, comm. p. 224, obs. H. Fulchiron.

l'enfant, celui-ci se fait sentir dès les premiers éléments indiquant la grossesse, indépendamment de son statut de parent. Cette pré-majorité débutant dès la conception ou du moins, à compter du premier diagnostic révélant la grossesse, permettrait de faciliter le consentement aux soins liés à la grossesse. La mère pourrait quitter le domicile familial pour intégrer au besoin un centre d'accueil parental ou encore bénéficier d'une prise en charge personnelle de ses frais de santé. Cette évolution implique d'aménager le statut de mineur au profit du statut de parent. Si les besoins d'autonomie des futures mères sont bien avérés, qu'en est-il des futurs pères s'ils sont également mineurs ? Bien que son besoin d'autonomie en matière de santé soit moins marqué, ne doit-on pas lui permettre de quitter le domicile familial pour rejoindre la mère dans le foyer parental qui l'a recueillie avec leur enfant ? Et ce conformément à la loi qui prévoit depuis 2016, l'accueil du couple parental en difficulté¹. Viennent se greffer également les questions relatives au maintien ou non de la pré-majorité dans le cas où la grossesse n'est pas menée jusqu'à son terme, ou encore lorsque les parents-mineurs se voient retirer l'exercice de l'autorité parentale sur leur enfant. Elles se poseront inévitablement. Ces pistes de réflexion permettent déjà d'esquisser les premiers éléments d'une pré-majorité évolutive susceptible de s'adapter aux besoins d'autonomie des mineurs qui accèdent au statut de parent. Si l'exercice de certains droits ne se justifie plus, car lié au statut de parent ou à la grossesse de la mère, d'autres aménagements plus généraux pourraient être éventuellement maintenus, tels que la présomption de discernement en matière de santé. Reconnaître une présomption simple de discernement de l'enfant ne signifie pas mettre fin aux droits parentaux qui devront faire l'objet d'aménagements. L'objectif est de favoriser la prise en compte de la volonté personnelle exprimée par le parent-mineur.

B- Les alternatives juridiques à l'autorité des parents

739. Par l'affirmation progressive du statut de sujet de droit de l'enfant, l'expression de la volonté de l'enfant est progressivement venue concurrencer celle de son parent. Le droit cherche à articuler l'expression de ces différentes volontés pour favoriser leur coexistence, l'enfant ne disparaissant plus systématiquement derrière son parent. Le législateur a eu recours à des mécanismes juridiques qui nuancent l'expression de ces volontés en leur attribuant une intensité différente selon l'objectif du droit exercé. Les textes font appel à des dispositifs juridiques autres que le consentement qui n'est que l'expression la plus aboutie et la plus contraignante de la volonté des personnes. Cette volonté peut prendre soit la forme d'une autorisation (1), soit celle d'un simple avis (2). Ce nuancier favorise la mise en place d'un système de « consentement gradué »² qui offre la possibilité d'articuler la volonté naissante

¹ Article L. 222-5-3 CASF, créé par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 sur la protection de l'enfance, JO 15 mars 2016, texte n° 1, art. 20.

² V. *supra* nos 212 s.

du mineur avec celle de son parent. Leur utilisation au profit du parent-mineur accorderait une plus grande valeur juridique à ses choix sans pour autant mettre fin à sa protection.

1. Le recours à l'autorisation parentale sur les décisions prises par le parent-mineur

740. L'autorisation entendue dans le cadre de l'autorité parentale est définie comme étant la permission accordée par les parents à leur enfant d'accomplir un acte juridique que celui-ci ne pourrait normalement réaliser seul compte tenu de son incapacité d'exercice¹. Elle se retrouve généralement dans le cadre d'une assistance du mineur par ses parents dans la conclusion d'un acte juridique, mais pas exclusivement². En restreignant l'autorisation à l'accomplissement d'un acte juridique, cette définition n'en donne qu'une vision parcellaire. L'autorisation est un mécanisme juridique lié à l'expression d'une volonté personnelle dans le cadre de l'exercice d'un droit par son titulaire, peu importe que l'exercice de ce droit aboutisse ou non à la réalisation d'un acte juridique³. Cette portée ne peut être perçue qu'au regard des différents modes d'expression de la volonté présents dans la législation que sont le consentement⁴ et l'avis⁵. L'autorisation est l'échelon intermédiaire du système de gradation de la volonté présent dans la législation.

741. Sa valeur est supérieure au simple avis, car l'autorisation a une incidence déterminante sur la décision, en accordant un droit de veto à celui qui l'émet. Sur ce point, l'autorisation présente une certaine similitude avec le consentement, en accordant la possibilité d'influer sur l'exercice d'un droit. L'autorisation a une portée inférieure au consentement : contrôler n'est pas décider. Là où le consentement donne l'initiative décisionnelle, l'autorisation en est totalement dépourvue. L'autorisation a pour vocation de venir renforcer ou contrer juridiquement le consentement donné par la personne qui prend la décision. L'autorisation n'a pas d'existence propre, elle ne permet pas à elle seule l'exercice d'un droit en l'absence d'une volonté de son titulaire. L'autorisation est un moyen de protection préventif⁶, dont la signification est différente selon qu'elle est accordée par le protecteur ou le protégé.

742. Lorsque l'autorisation est donnée par le protecteur, elle renforce la décision prise par le protégé, pour assurer qu'elle n'entraînera pas de conséquences néfastes pour la personne. Inversement, lorsque la décision du protecteur est conditionnée à l'accord du protégé, son adhésion est requise pour légitimer le choix qui a été réalisé pour lui. Utilisée dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale, l'autorisation permet soit de consacrer l'initiative personnelle de l'enfant, soit de renforcer le poids de sa volonté dans une décision relevant de l'autorité parentale. Dans tous les cas, elle permet de légitimer la volonté à

¹ *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.* ; B. Thuillier, *L'autorisation : étude en droit privé*, LGDJ, Paris, 1996.

² Ex. : l'autorisation de quitter la maison familiale de l'article 371-3 C. civ. qui ne conduit pas à la réalisation d'un acte juridique, mais permet la réalisation d'un fait juridique : le départ de l'enfant du domicile de ses parents.

³ *Quid* de l'autorisation de l'article 371-3 C. civ. qui peut donner naissance à un simple fait juridique : le départ de l'enfant du domicile familial pour rejoindre le domicile de son ou sa petit(e)-ami(e) ?

⁴ V. *infra* n° 747.

⁵ V. *infra* nos 751 s.

⁶ É. Deleury, D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, *op. cit.*, p. 389, n° 445.

l'initiative du droit exercé, en renforçant la collaboration existante entre le protégé et sa protection. La volonté de l'enfant a un véritable impact juridique sur la décision finale sans pour autant devenir déterminante comme peut l'être un consentement.

743. L'autorisation n'est que très rarement utilisée dans l'organisation des relations entre les parents et leur enfant. Seul l'article 371-3 du Code civil semble y faire référence, « l'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale [...] ». Cette « permission » n'est autre qu'une autorisation. C'est l'enfant qui souhaite quitter le domicile et c'est les parents qui vont accepter ou non de donner effet à cette volonté. *A contrario*, ce recours à l'autorisation indique que le parent ne peut expulser l'enfant de son domicile. La loi ne donne l'initiative de cette décision qu'à l'enfant. Permettre cette initiative aux parents conduit à leur donner la possibilité matérielle de se décharger unilatéralement des obligations que la loi met à leur charge, car la cohabitation est une garantie de l'exercice quotidien des droits parentaux¹. Une autre illustration peut être trouvée dans le cadre du droit du travail, où l'emploi des mineurs durant les vacances scolaires est soumis à une autorisation des parents et de l'inspection du travail². Le droit du travail accorde aux mineurs de plus de seize ans ce que des auteurs qualifient de sorte de « pré-majorité professionnelle »³, d'origine jurisprudentielle. L'autorisation n'apparaît explicitement que sous la forme d'une autorisation judiciaire habilitant l'administrateur légal pour la réalisation d'un acte juridique spécifique⁴. En raison de la nature spécifique du contrat de travail⁵ d'une part, et du souhait d'éviter qu'un parent puisse contraindre un mineur à s'engager dans une relation de travail d'autre part, la Cour de cassation a, depuis un arrêt du 10 février 1926⁶, instauré un régime d'assistance des mineurs, la validité du contrat de travail est conditionnée à l'autorisation de leur représentant légal⁷. Ce régime se retrouve également dans le cadre de la conclusion du contrat d'apprentissage⁸. Mis à part ces hypothèses, les textes se contentent généralement de se référer au « consentement », donnant une fausse impression d'homogénéité de l'expression de la volonté individuelle.

744. Lorsque les textes conditionnent l'exercice d'un droit à l'association d'un consentement parental et d'un consentement personnel de l'enfant, l'un d'eux est en réalité une autorisation. Il ne sera

¹ Il arrive qu'un parent mette à la porte du domicile son enfant qui devient lui-même parent. Ce faisant, il commet à son égard un abus de droit en s'accaparant une décision dont il n'a pas l'initiative et qu'il ne peut en principe qu'autoriser, ce qui suppose de répondre à une demande de l'enfant.

² Art. D. 4153-5 CT. L'accord des parents devant être donné par écrit et transmis à l'inspection du travail dont l'autorisation pourra être tacite. L'art. R. 4153-6 CT prévoit que lorsque l'inspecteur du travail n'a pas adressé de refus motivé à l'embauche d'un mineur, dans un délai de huit jours francs à compter de l'envoi de la demande de l'employeur, l'autorisation est réputée accordée.

³ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1757.

⁴ Exemple : sur l'administration légale : art. 387-1 et 387-3 C. civ., qu'en matière de tutelle : art. 408 al. 4 C. civ.

⁵ Le lien de subordination ne peut valablement exister que si celui qui s'y soumet y a personnellement consenti ; v : P. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*

⁶ Cass., civ., 10 février 1926, *D.* 1927, p. 20.

⁷ Cette assistance se retrouve également en matière procédurale devant les prud'hommes, art L. 1453-1 CT ; A. Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, nos 241 s. ; P.-Y. Verkindt, « Le droit des revenus professionnels du mineur », in *L'enfant, la famille et l'argent*, F. Dekeuwer-Defosse (dir.), LGDJ, 1991, p.77 ; v. *supra* n° 363.

⁸ Art. R. 6222-2 CT.

possible de les identifier qu'au moment de l'exercice du droit concerné, selon que l'enfant ou son parent est à l'initiative de la décision. Par exemple, l'article 60 du Code civil énonce que le changement de prénom d'un enfant de plus de treize ans est conditionné à son consentement personnel. Lorsque le choix du changement de prénom émane du parent, l'enfant ne vient qu'autoriser la modification d'un prénom¹ sur lequel il a pu acquérir un droit lié à l'usage². Le refus de l'enfant fait obstacle à la modification souhaitée par le parent. Inversement si l'enfant souhaite modifier son prénom durant sa minorité, l'inertie du parent fait obstacle à cette décision, car lui seul en détient l'initiative³. Il est possible de retrouver l'autorisation des enfants de plus de treize ans en matière d'adoption simple⁴. L'autorisation peut, à l'inverse, émaner des parents comme l'illustre l'émancipation par le mariage. C'est le futur époux mineur à l'origine de la demande qui doit y consentir personnellement, alors que de son côté le parent n'a théoriquement aucune initiative et ne peut qu'autoriser ou s'opposer à l'union⁵. Donner l'initiative de ce droit aux parents, revient à leur donner la possibilité de choisir le futur conjoint de leur enfant. Pour ces raisons, l'autorisation n'est pas inconnue du droit positif et permet d'adapter la protection pour laisser une place suffisante à la volonté de l'enfant. Il est possible de constater que l'autorisation est actuellement utilisée pour articuler l'exercice de l'autorité parentale avec des droits intimement liés à la personne de l'enfant. L'autorisation offre aussi l'opportunité de moduler l'exercice de l'autorité parentale détenue par les parents. Le recours à ce mécanisme permet d'envisager une protection évolutive susceptible de s'adapter aux besoins d'autonomie des parents-mineurs sans pour autant sacrifier leur protection.

745. Si le consentement confère à la personne qui le donne une initiative décisionnelle dont la force juridique suffit pour créer des effets de droit, les attentes en matière de discernement sont nécessairement les plus fortes. Il est généralement recherché chez l'enfant une volonté « raisonnable », autrement dit, qu'il puisse faire preuve d'une certaine prudence dans ses décisions. Ce degré de discernement implique d'une part de ne pas faire de choix pouvant nuire à ses intérêts et d'autre part, d'être capable d'y renoncer avant qu'ils n'entraînent des conséquences dommageables. Cette réflexion se retrouve dans le droit anglo-saxon qui prévoit qu'en dépit de sa présomption de maturité selon les critères définis depuis l'arrêt Gillick⁶, celui-ci ne pourra pourtant pas refuser les soins nécessaires à la préservation de sa santé⁷. Le discernement entendu comme l'aptitude à exprimer une volonté

¹ Ex. : « Formule : Consentement du mineur de 13 ans à son changement de prénom (C. civ., art. 60) », *AJ fam.* 2012.330.

² Pour une critique : A Gouttenoire, « Mineur », *op. cit.*, nos 137 et s. L'auteur fait part d'un certain nombre de difficulté concernant la qualification de consentement que la loi attache à la volonté exprimée par l'enfant en matière d'adoption. Notamment dans l'éventualité d'un « consentement » vicié de l'enfant.

³ Ce raisonnement a été étendu par la Cour de cassation concernant le changement de nom de famille résultant de l'adoption de l'enfant qui ne peut être réalisé qu'avec l'autorisation de l'adopté de plus de treize ans. Cass., civ. 1^{ère}, 8 octobre 2008, n° 07-16067 et n° 07-18811.

⁴ Art. 360 al. 3 C. civ.

⁵ V. *supra* n° 700, Les mariages forcés sont une dérive des parents dans l'usage de leur droit sur l'enfant.

⁶ Gillick contre West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, 1985, 3 *Weekly Law Report* 830.

⁷ L. Francoz-Terminal, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, préf. J. Rubellin-Devichi, éd. Stämpfli, 2008.

« raisonnable » est le degré de discernement recherché chez le mineur candidat à l'émancipation¹. Les seuils mis en place par le législateur, permettent d'avancer l'hypothèse selon laquelle ce discernement serait éventuellement atteint vers les seize ans et ne se verrait légalement présumé qu'à partir de la majorité. Si l'aptitude des personnes au consentement avait un seuil, celui-ci serait fixé à seize ans.

746. En matière d'autorisation, le discernement attendu chez l'enfant n'a pas besoin d'être aussi élaboré que celui requis pour un consentement. Lorsque l'autorisation émane de l'enfant, il est inutile de vérifier s'il prend la meilleure décision pour ses intérêts puisque l'initiative en revient au parent ; or, celui-ci est légalement présumé agir dans l'intérêt de l'enfant. Inversement, lorsque l'autorisation provient du parent, c'est à lui de vérifier que la décision prise par l'enfant est conforme à ses intérêts, et non à l'enfant lui-même qui est libre de donner ou non son autorisation. Il s'agit d'un mécanisme de codécision qui associe l'enfant et son parent². L'autorisation ne requiert pas que l'enfant soit apte à raisonner comme un adulte, seulement à ce qu'il puisse saisir les enjeux de ses choix sans pour autant en déceler toutes les incidences. Cela explique que le Code civil recoure à ce mécanisme dès les treize ans de l'enfant, comme en témoignent les seuils fixés par exemple pour le changement de prénom et l'adoption. Ce seuil fait par ailleurs écho à l'âge à partir duquel le droit pénal considère que l'enfant dispose d'un discernement suffisant pour saisir les enjeux des décisions qui ont dicté son comportement³, sans pour autant attendre de lui qu'il puisse comprendre toutes les conséquences résultant de ses actes. Il serait possible d'envisager une évolution de la protection des mineurs à compter de cet âge et qui associerait la volonté du parent à celle de son enfant dont le discernement serait présumé⁴. L'autorisation est le mécanisme décisionnel qui ouvre sur l'assistance du mineur lors de la conclusion d'un acte juridique⁵. La représentation légale ne se justifie plus lorsque l'acte trouve son origine dans l'association de deux volontés, en raison du parallélisme des formes qui implique que ces volontés soient présentes lors de la réalisation de l'acte juridique, ce que seule l'assistance est susceptible d'organiser⁶. Il n'est plus question de substituer la volonté du mineur, mais de l'étayer, le parent n'a plus à agir pour son enfant, mais avec lui.

747. L'abandon du consentement en faveur de l'autorisation n'est pas sans risque. Ce mécanisme repose sur une double volonté, ce qui multiplie d'autant plus les risques d'un éventuel blocage en cas de refus ou d'inertie de l'une des parties. Une première solution serait de donner une priorité à l'un d'eux en cas de divergence, soit au parent soit à l'enfant selon l'objectif et la nature du droit. La loi peut

¹ V. *supra* n° 690.

² J.-P. Gridel, « L'âge et la capacité civile », *op. cit.*, n° 20.

³ J. Roque, « La prémajorité », *op. cit.*, l'auteur conclut son étude par cette interrogation : « une société qui estime que ses mineurs âgés de plus de treize ans peuvent être pénalement responsables ne doit-elle pas leur reconnaître la simple présomption d'une capacité d'exercice de leurs droits fondamentaux ? ». Autrement dit, le discernement nécessaire pour devenir responsable devant la société ne permet-il pas l'exercice personnelle des droits les plus importants que cette dernière leur attribue ?

⁴ J.-J. Lemouland « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *op. cit.*, n.b.p. n° 128.

⁵ *Ibid.*, n.b.p. n° 118.

⁶ V. *infra* nos 758 s.

donner une prédominance au consentement sur l'autorisation. Dans cette situation, l'autorisation perd toute force juridique et la volonté exprimée n'est en réalité qu'un simple avis, faute d'un véritable impact sur la décision, car l'autorisation confère en principe un droit de veto sur la décision concernée. En cas d'absence de hiérarchisation instaurée par la loi entre le consentement et l'autorisation, ces situations ne pourront être résolues que par l'intervention du juge. Le juge aux affaires familiales en matière personnelle¹ et le juge des tutelles sur l'aspect patrimonial apparaissent les mieux armés juridiquement pour résoudre ces litiges, car ils peuvent être saisis à chaque fois que les intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux de l'enfant sont insuffisamment préservés dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale. Par ailleurs en matière de santé, d'autres solutions sont prévues par la loi. L'urgence permet au médecin de se dispenser du consentement parental², cette solution pourrait être étendue au refus ou à l'impossibilité du mineur d'exprimer sa volonté. Il est également possible, sur ce point, d'exclure toute aptitude pour l'enfant de s'opposer aux soins rendus nécessaires par son état de santé, à l'image du droit anglo-saxon³. Cette solution ne semble pas adaptée en l'absence d'urgence, car l'intervention du juge devient possible pour trancher cette difficulté, son caractère automatique conduit à lier le discernement de l'enfant comme sa volonté à celle émanant soit du médecin, soit de son parent ou de tout autre interlocuteur qui s'opposerait à lui. Autrement dit, sa maturité ne serait plus évaluée pour ce qu'elle est, mais en fonction des décisions que ses interlocuteurs estiment être les meilleures pour protéger ses intérêts.

748. Face à ces enjeux, seule l'intervention d'un juge présente l'impartialité nécessaire pour que la volonté exprimée par l'enfant ne s'efface pas systématiquement devant une volonté contraire émise par un majeur. Le recours à l'autorisation n'est pas le seul moyen juridique susceptible d'impliquer l'enfant dans la prise de décision. Jusqu'à présent, si l'on exclut l'exercice des droits éminemment personnels pour lesquels le consentement de l'enfant suffit, la place accordée à sa volonté relève plus généralement du simple avis. Dans l'optique d'une pré-majorité de l'enfant, le recours à l'avis parental permettrait de lui accorder une plus grande autonomie dans l'exercice de ses droits sans rompre le lien qui l'unit à sa protection.

2. Le recours à l'avis parental sur les décisions prises par le parent-mineur

749. L'avis est un mécanisme juridique connu du droit, utilisé dans le cadre procédural⁴, mais qui marque également la protection juridique de personnes vulnérables. Il se définit comme l'« opinion⁵ donnée à titre consultatif en réponse à une question »⁶, ce qui le distingue de l'opinion qui est donnée

¹ Le juge des enfants en cas de danger (sur l'appréciation du danger, v. *supra* nos 397 s.).

² R. 4127-42 CSP.

³ L. Francoz-Terminal, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, *op. cit.*, v. *supra* n° 747.

⁴ *L'inflation des avis en droit*, Th. Revet (dir.), Economica, coll. Études juridiques, 1998, [actes du colloque, 7 juin 1996, Montpellier.

⁵ « Conviction personnelle considérée non seulement comme sentiment intime, mais comme avis déclaré » : *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « opinion ».

⁶ *Ibid.* v. « avis ».

en dehors de toute sollicitation. Deux caractéristiques permettant de distinguer l'avis du consentement ou encore de l'autorisation ressortent de cette courte définition. La première est le fait que l'avis n'est donné par la personne dans le cadre exclusif d'une consultation sollicitée par le décideur, elle ne dispose donc d'aucune initiative décisionnelle. Le second élément est que la décision finale lui échappe, car elle demeure liée à la volonté de celui qui le sollicite et qui reste libre de tenir compte ou non de l'avis donné. Dans le cas contraire, il s'agirait en réalité d'une autorisation¹. Comme l'opinion² ne trouve aucune traduction juridique en raison de sa faible valeur, l'avis constitue avec le conseil³ le plus bas échelon de l'échelle juridique graduant l'expression de la volonté intervenant dans le processus décisionnel préalable à l'exercice d'un droit.

750. Comme l'autorisation, l'avis n'a pas d'existence juridique en dehors de la volonté à laquelle il est associé et qui revêt nécessairement la force juridique d'un consentement. Contrairement à l'autorisation, l'avis émis n'a pas de prise sur l'orientation finale de la décision, il n'intervient que dans le but de fournir le meilleur éclairage possible au décideur. L'avis peut intervenir dans des domaines où l'autorisation et l'autorité sont exclues, par exemple pour l'exercice des droits intimement liés à la personne de leur titulaire, seule apte à décider. Toute volonté autre que celle exprimée par le titulaire en l'absence d'aménagement légal ne pourra revêtir une force supérieure au simple avis. Ce mécanisme quasi factuel peut être utilisé dans le cadre des mécanismes de protection juridique des personnes dans le but d'articuler la volonté du protégé avec celle du protecteur et en l'espèce la volonté de l'enfant avec l'autorité, droit éminemment personnel de ses parents.

751. C'est la loi du 4 mars 2002⁴ qui a intégré l'avis de l'enfant au fonctionnement de l'autorité parentale, à l'alinéa 4 de l'article 371-1 du Code civil. Le texte prévoit dans une formulation non juridique que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». Il s'agit bien pour le parent de recueillir l'avis de l'enfant. Cette association aux décisions qui le concernent ne constitue pas un droit attribué à l'enfant, il ne peut pas s'en prévaloir pour contraindre son parent récalcitrant⁵. L'avis n'est ici qu'une modalité de l'exercice de l'autorité parentale, son objectif est d'aider le parent à déterminer l'intérêt de son enfant en s'adressant directement à lui. Ce faisant, le protégé peut également faire connaître son opinion et éventuellement adhérer aux décisions prises par son protecteur. Cette volonté ne viendra pas concurrencer celle de ses parents en cas de divergence. Mettre ces volontés sur un pied d'égalité porterait une atteinte excessive à l'autorité

¹ C'est par exemple le cas de l'« avis conformes » pour lequel la consultation est obligatoire et l'avis émis influe sur la décision finale.

² *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, l'opinion y est définie comme étant « une conviction personnelle, considérée non seulement comme sentiment intime mais comme avis déclaré ». Il s'agit donc d'un avis déclaratif, donné sans nécessairement avoir été préalablement sollicité.

³ Le conseil est défini dans son sens premier comme étant l'« avis sur ce qu'il convient de faire » : *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*

⁴ Loi n° 2002-305, relative à l'autorité parentale du 4 mars 2002, *op. cit.*

⁵ H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, p. 959 ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 125, n° 1209.

et diminuerait son efficacité, le mineur pouvant contester chaque décision prise par ses parents. L'alinéa 4 de l'article 371-1 du Code civil « ne remet pas en cause le fait que les parents sont finalement, les seuls à décider des actes à accomplir dans l'intérêt de l'enfant »¹. Ce principe est repris par l'article L. 223-4 du Code de l'action sociale, comme par l'article L. 1111-4 du Code de Santé publique, même si l'avis est désigné comme un « consentement de l'enfant ». Or ce consentement n'a d'autre objectif que de favoriser l'adhésion de l'enfant à la décision médicale et de manière plus générale, à sa protection. Cette adhésion ne revêt que la force juridique de l'avis et la notion d'adhésion ne fait qu'indiquer qu'il s'agit de la recherche d'un avis favorable, ce qui implique de convaincre le mineur de la conformité de la décision à son intérêt. L'enfant ne dispose en l'espèce d'aucune initiative décisionnelle propre au consentement, car il n'intervient qu'à l'occasion d'une décision parentale² et ce consentement n'est pas nécessaire pour la validité de la décision ou pour celle de l'acte de soins qui peut se contenter de la décision prise par l'autorité parentale. En cas de divergence entre le protégé et son protecteur, c'est l'autorité du parent qui a vocation à l'emporter face à la volonté de l'enfant. À l'inverse, lorsque la loi attribue les effets juridiques attachés au consentement à la volonté de l'enfant, celle exprimée par ses parents n'a qu'une valeur d'avis. En dépit de la faible incidence de cette volonté sur la décision définitive, elle offre toutefois la possibilité de maintenir un lien entre l'enfant et sa protection, tout en garantissant l'effectivité de la volonté du protégé nécessaire à un exercice personnel de ses droits³.

752. Le droit positif n'utilise que très peu l'avis parental, le législateur n'a été que très rarement amené à articuler l'exercice de droits éminemment personnels de l'enfant avec l'autorité parentale. Les tentatives visant à encadrer l'interruption de grossesse pour motif personnel en donnent une bonne illustration. L'importance accordée dans un premier temps à l'autorité parentale a été progressivement réduite, passant de l'autorisation au simple avis, en dépit de la référence faite par la loi au « consentement » parental⁴. Le parent ne dispose d'aucun droit d'initiative en matière d'interruption volontaire de grossesse, car c'est nécessairement la femme enceinte qui en fait la demande⁵. La volonté parentale n'a pas ici valeur de consentement, mais au mieux celle d'une autorisation. La loi prévoit qu'en cas de divergence entre la volonté exprimée par la mineure et celle de son parent, c'est le choix exprimé par la mineure qui l'emportera systématiquement. Si le parent ne dispose ni de l'initiative décisionnelle ni d'une influence concrète sur la décision définitive, c'est que sa volonté n'est recueillie que pour simple avis. Accorder une valeur de consentement ou d'autorisation à la volonté parentale revient ici à lui

¹ P. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, p. 726, n° 1212.

² Des auteurs qualifient le droit reconnu aux mineurs de consentir aux soins médicaux de droit subsidiaire à celui de leurs parents, v. A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, *op. cit.*, n° 332, p. 355. Or, un consentement par nature ne peut être subsidiaire, car un consentement donne l'initiative de l'exercice du droit et est déterminant dans l'orientation finale de la décision. Un consentement qui ne fait que répondre à une sollicitation et qui n'emporte aucune conséquence sur la décision, n'est pas un consentement, mais un avis quand bien même il serait désigné sous l'appellation de consentement.

³ É. Deleury, D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, *op. cit.*, p. 389, n° 446.

⁴ Art. L. 2212-7 CSP.

⁵ Art. L. 2212-1 et 1 ; 2212-3 CSP.

accorder le droit d'imposer un projet parental à son enfant et de se substituer à lui dans un droit qui lui est intimement lié.

753. L'articulation juridique des droits de l'enfant avec l'autorité du parent offre trois régimes distincts qui vont vers une meilleure prise en compte de la volonté de l'enfant. Le premier est le régime général décrit à l'article 371-1 du Code civil qui donne la priorité à l'autorité parentale, droit éminemment personnel du parent. De l'autorité émane le consentement qui va limiter l'importance juridique accordée à la volonté exprimée par l'enfant en la cantonnant à un simple avis donné dans le cadre de ses droits simplement personnels ou patrimoniaux. Le second, un régime intermédiaire, recouvre certains droits relevant de l'exercice de l'autorité du parent, mais sur lesquels l'enfant acquiert des droits concurrents, ce qui aboutit à un régime d'autorisations¹. Le dernier concerne l'exercice des droits éminemment personnels de l'enfant qui échappent par nature à l'autorité parentale, et pour lesquels le consentement du mineur suffit. Dans ce cas, toute autre volonté concurrente (y compris parentale) contraire à celle de l'enfant est automatiquement réduite au rang de simple avis. L'existence de ces trois régimes est actuellement liée à la nature du droit exercé, et non à l'éventuelle maturité de l'enfant ou à son degré de discernement. La volonté exprimée par l'enfant dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale n'a pas d'autre valeur juridique que celle de l'avis, indépendamment de son âge ou de sa maturité². Ce principe peut se transposer aux droits éminemment personnels du mineur, car, quel que soit son âge ou sa maturité, il est seul à même de consentir. Comme pour l'autorisation, il est possible de prévoir en parallèle du régime décrit précédemment reposant sur la nature du droit exercé, un régime évolutif qui tiendrait directement compte de l'évolution du discernement acquis par l'enfant.

754. L'avis, en raison de son faible impact sur la décision ne demande qu'un discernement minimal de la personne qui le donne. La seule aptitude à exprimer une volonté propre devrait suffire amplement. Par exemple, la simple demande d'audition de l'enfant par le juge devrait faire présumer son discernement et conduire ce dernier à l'entendre³, car elle ne lui offre que la possibilité de donner un avis⁴. La décision finale incombe au magistrat qui pourra ou non tenir compte de la volonté exprimée. Dès lors, dans le cadre d'un régime de pré-majorité, l'autorité parentale telle que décrite à l'article 371-1 du Code civil n'aurait vocation qu'à s'appliquer durant les premières années de la minorité. Du moins, jusqu'à ce que l'enfant puisse saisir les enjeux des décisions qui ont dicté son comportement. Cet âge peut correspondre à celui à compter duquel il devient responsable aux yeux du droit pénal soit à l'âge de treize ans. L'acquisition d'un plus grand discernement permet l'introduction d'un régime intermédiaire où l'autorisation prendrait progressivement le pas sur l'autorité exclusive du parent, pour

¹ V. *supra* n° 746.

² Si l'article 371-1 al. 4 du C. civ. se réfère à l'âge et à la maturité de l'enfant ce n'est qu'afin d'inciter le parent à recueillir plus fréquemment l'avis de l'enfant au fil du temps et ne modifie en rien la valeur attribuée à la volonté de l'enfant. Le parent demeure juridiquement libre de ne pas respecter l'avis exprimé par l'enfant quel que soit son âge ou sa maturité.

³ Sauf à démontrer que cette audition serait contraire à son intérêt ou qu'elle n'apporterait rien à la résolution du litige.

⁴ V. Défenseur des droits, *L'enfant et sa parole en justice*, *op. cit.*, recommandation n° 1.

qu'à terme, la volonté de l'enfant atteigne la valeur juridique la plus forte à savoir celle du consentement. Pour consentir il convient que la personne acquière la forme la plus évoluée du discernement. La fin de l'obligation scolaire, la possibilité offerte d'émanciper l'enfant ou l'acquisition d'une vie juridique autonome avec le statut de parent, devraient laisser présumer cette maturité. Le maintien du consentement parental n'apparaît plus justifié et le rôle du parent ne consiste plus à décider pour l'enfant, mais à le conseiller et l'orienter dans ses choix. Ce qui a débuté comme un droit de contrôle devrait se terminer en un pouvoir de conseil¹. Lorsque le mineur devient lui-même parent et que sa raison est présumée à l'égard des décisions relatives à son enfant, cette présomption ne devrait-elle pas s'étendre aux décisions qui lui sont personnelles ? L'absence d'incidence du statut de parent sur l'autorité parentale exercée sur le parent-mineur conduit à constater que le discernement n'est évalué qu'en fonction du droit exercé et non selon la maturité réelle de l'enfant. Ce phénomène contribue à créer une situation paradoxale où se trouvent actuellement les parents-mineurs. La traduction juridique de l'acquisition du discernement par l'enfant, indépendamment de la nature du droit exercé, permettrait d'éviter cette dissonance entre l'exercice des droits parentaux et les droits dont l'enfant est lui-même titulaire et qu'il a vocation tôt ou tard à exercer personnellement. Là où l'émancipation rompt avec la protection, le maintien de l'avis parental combiné à un régime d'autorisation pour les décisions les plus graves pour préserver une protection minimale de l'enfant tout en lui reconnaissant une plus grande autonomie juridique. D'un statut de décideur, le parent devient le conseiller d'un enfant qui accède lui-même au statut de parent. Ce statut lui confère inévitablement une existence juridique indépendante de celle de ses protecteurs qui appelle à une plus grande autonomie. Une pré-majorité tenant compte du discernement et de la situation personnelle de l'enfant n'a de sens que si elle s'accompagne d'une pré-capacité.

¹ Opinion du Lord Demming dans l'affaire Gillick contre West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, 1985, 3 Weekly Law Report 830, p. 369.

§ 2 : L'élaboration d'une pré-capacité du parent-mineur

755. Les règles en matière de capacité juridique sont liées aux dispositions régissant l'aptitude des personnes à décider. La logique juridique repose sur un subtil équilibre, selon lequel l'aptitude à décider confère à la personne la capacité d'agir et à l'inverse toute capacité d'agir suppose une aptitude à la décision. Du degré de discernement résulte une capacité juridique de même intensité. La délimitation d'une pré-majorité en matière décisionnelle pour les mineurs implique l'élaboration d'une pré-capacité. Lorsque le consentement de l'enfant est soumis à une autorisation parentale, celui-ci devra être assisté dans la réalisation de l'acte juridique (**A**). De même, l'autonomie de l'enfant mineur progresse chaque fois que l'importance accordée à la volonté parentale se réduit, toutefois, même réduit à un simple avis, leur rôle n'est pas pour autant terminé. L'enfant doit encore pouvoir les solliciter pour qu'ils l'accompagnent dans ses démarches (**B**).

A- L'assistance dans la réalisation des actes juridiques

756. En passant d'une obligation de décider à une simple obligation de contrôle, la représentation légale liée à l'autorité parentale, laisse sa place à une assistance dont l'objectif est d'habiliter¹ l'enfant dans la réalisation des actes juridiques. L'assistance apportée permet d'une part de compenser la volonté imparfaite de l'enfant en lui associant la volonté de ses parents et d'autre part de poursuivre la protection de ses intérêts (**1**). Cette conciliation entre protection et autonomie offerte par l'assistance est nécessaire aux enfants disposant d'une vie juridique autonome, et conduit à envisager la résurgence d'un régime intermédiaire, aujourd'hui disparu, avec la curatelle des personnes mineures (**2**).

1. L'assistance « habilitante » du parent-mineur

757. La notion d'assistance est difficile à cerner dans sa globalité, elle renvoie à de multiples réalités, tant les situations où la volonté de l'enfant entre en concurrence avec celle de ses parents sont toutes au sens large des régimes d'assistance². L'assistance peut être définie de manière générale comme toute « aide d'ordre matériel, moral ou physique (soutien, appui, soins) apportée à une personne en difficulté »³. L'autorité parentale, l'assistance éducative, les solidarités intergénérationnelles et familiales, la gestion d'affaires, le ministère d'avocat (etc.) relèvent tous de l'assistance, car elles ont pour finalité commune d'apporter un soutien à une personne. Il est nécessaire de donner une définition plus restreinte à l'assistance en tant que notion juridique. C'est la raison pour laquelle il convient de ne pas la limiter au cadre de la conclusion d'un acte juridique. « L'assistance permet de venir en aide à une personne qui souhaite exprimer sa volonté, qu'importe alors que cette manifestation de volonté ait pour

¹ C. Leprince, *L'assistance dans l'élaboration d'un acte juridique*, thèse dactyl., Rennes 1, 2014.

² J.-P. Gridel, « L'âge et la capacité civile », *op. cit.*, n° 20.

³ *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « assistance », sens n° 1.

but la conclusion d'un contrat ou la formation d'un acte juridique unilatéral. »¹ Dans ce cadre, l'assistance est une « mission de conseil et de contrôle auprès d'une personne qui n'a pas le pouvoir d'agir seule, en vue de son habilitation »². L'assistance habilitante, au même titre que la représentation légale, intervient dans le cadre de la réalisation des actes juridiques en tant que réponse à une incapacité juridique imparfaite. Elle peut intervenir dans le cadre de l'autorité parentale par dérogation à la représentation légale dans des domaines que le législateur a préalablement identifiés³. À l'égard des faits juridiques, c'est l'autorisation qui a vocation à pallier le manque de discernement et la volonté imparfaite exprimée par les personnes, tout comme l'autorité à l'égard des mineurs. La différence entre ces mécanismes juridiques se situe non pas dans leur rôle, mais dans leur intensité. L'assistance constitue l'échelon intermédiaire des mécanismes de protection des personnes permettant compenser leur incapacité juridique.

758. Cette protection n'existe qu'en raison de l'immaturation présumée de l'enfant compte tenu de son âge et de son inexpérience⁴. L'incapacité peut, elle aussi, évoluer en fonction du discernement du mineur. On peut constater un lien existant entre les mécanismes juridiques palliant l'insuffisance de la volonté individuelle et les mécanismes destinés à compenser leur incapacité, qui n'en sont que les attributs⁵. Cela explique notamment que dans le cas où l'autorisation émane de l'enfant à destination de son parent, la loi n'envisage pas l'assistance de l'enfant au parent. Le parent est présumé discerner et agir dans l'intérêt de son enfant et dispose à ce titre d'une pleine capacité parentale qui ne nécessite pas d'être compensée. L'autorisation de l'enfant n'intervient qu'en raison du caractère personnel de la décision prise par son parent et de l'impact de ses conséquences sur sa vie. La capacité du parent ne pose pas de difficulté, car il bénéficie d'une présomption simple de discernement dans le cadre de sa fonction. Son action est toujours présumée en conformité avec l'intérêt de son enfant, il dispose à ce titre d'une pleine capacité parentale qui profite aux parents-mineurs et n'a pas à être compensée par un autre mécanisme juridique, le législateur ne l'ayant pas imposé.

759. Comme le discernement n'est pas une notion uniforme, celui du mineur n'apparaît pas brutalement le jour de son dix-huitième anniversaire, mais s'affirme et s'affine avec l'âge⁶. Il devrait en aller de même de la capacité juridique qui en est l'attribut. Le recours à l'assistance du mineur en lien avec l'autorisation offre les moyens de nuancer la capacité et l'incapacité des mineurs en proposant une voie intermédiaire entre représentation légale et autonomie. Si l'assistance du mineur lui confère

¹ C. Leprince, *L'assistance dans l'élaboration d'un acte juridique*, *op. cit.*, n° 8.

² *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *loc. cit.*, v. « assistance », sens n° 2.

³ V. C. Neirinck, « Enfance », *op. cit.*, nos 733 et s., concernant le contrat de travail et les relations bancaires ainsi que le contrat d'édition.

⁴ « Le mineur est protégé non pour la fragilité de son corps, mais à cause de l'infirmité présumée de son esprit », G. Cornu, « L'âge civil », *op. cit.*, p. 10.

⁵ Sur le lien entre représentation et autorité, ex. *supra* nos 202 s.

⁶ X. Pin, « Les âges du mineur : réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », *Gaz. Pal.* 12 juil. 2012, pp. 5 s.

l'initiative décisionnelle à l'exercice de son droit, la volonté qu'il émet demeure insuffisante. L'intervention du parent à ses côtés est nécessaire pour conclure l'acte prévu. L'assistance du mineur dans l'exercice de ses droits permet de faire présumer la conformité de sa décision à ses intérêts (en raison de l'absence d'opposition parentale), requise pour la validité de l'acte juridique qui en résulte. L'immatunité et l'impulsivité inhérente à la minorité est ici compensée par la présomption de maturité et de prudence parentale. Lorsque l'assistance du mineur est confiée spécifiquement à son parent, ce mécanisme comprend également une autorisation dans le domaine personnel, comme dans le domaine patrimonial. Même limité à l'assistance de son enfant dans l'exercice de ses droits, le parent reste tenu de l'éduquer et de le protéger dans sa santé, dans sa moralité jusqu'à sa majorité. Il conserve donc la légitimité nécessaire pour s'opposer aux choix de son enfant chaque fois qu'il les estime contraires à l'éducation ou à la moralité qu'il est chargé de lui inculquer, ou plus généralement, s'il estime qu'ils contreviennent à ses intérêts. Ce que l'enfant veut n'est pas nécessairement bon ou souhaitable pour lui, et la loi laisse cette appréciation à la discrétion des père et mère. Un parent peut donc refuser d'assister son enfant.

760. Ce refus d'assistance peut *in fine* s'assimiler à un refus d'autorisation du parent. L'assistance comprend implicitement la volonté de pallier le discernement imparfait du mineur qui l'empêche de consentir seul et donc de réaliser valablement l'acte juridique. Il est nécessaire que l'assistance s'accompagne soit d'une contrainte légale obligeant la personne à assister son protégé sous peine d'engager sa responsabilité¹, soit la seule présence du parent aux côtés de son enfant permet de faire présumer l'autorisation parentale et la conformité de l'acte à ses intérêts. L'assistance ne fait pas disparaître la mission de protection qui lui est confiée par la loi. Seuls les outils à sa disposition changent. Il continue d'exercer une main mise sur la décision ainsi que sur l'acte sur lequel doivent figurer toutes les volontés à son origine. Même limité à de l'assistance, le parent est toujours à même de poursuivre sa mission de protection.

761. L'assistance ne vient qu'articuler l'exercice des droits parentaux avec l'acquisition progressive du discernement par l'enfant, en lui accordant l'initiative de son droit. L'acte réalisé reposera avant tout sur sa volonté ainsi que sur son propre consentement, la volonté parentale ne venant qu'appuyer la sienne pour pallier ses imperfections. Cette évolution permet d'introduire un principe de proportionnalité en conformité avec l'état de la personne, instauré pour la protection des majeurs², mais qui demeure encore aujourd'hui pour les mineurs, à la discrétion des parents. Contrairement à la protection des majeurs qui n'est qu'un devoir des familles, l'autorité parentale attribue non seulement des obligations aux parents, mais aussi des droits sur l'enfant. Ces droits qu'ils sont seuls susceptibles

¹ Comme dans la législation québécoise, car l'assistance est exercée par un tuteur dont la responsabilité peut être engagée s'il refuse d'exercer sa mission ou s'il l'exerce mal.

² Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, portant réforme de la protection des majeurs, *JO* 7 mars 2007, p. 4325.

de moduler en dehors du juge accordent une plus grande autonomie aux mineurs, là où la loi n'envisage qu'une simple participation, car « qui peut le plus peut le moins ». Le principe de proportionnalité de la protection des majeurs a été instauré au nom du respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne¹. Les parents-mineurs relèvent de cette même problématique. Il s'agit bien de concilier l'exercice de ses droits et libertés avec sa protection et les droits potentiellement concurrents de ses parents. Une gradation de l'incapacité des mineurs devient possible avec la redécouverte d'un régime intermédiaire entre l'autorité parentale et l'autonomie de l'enfant. L'ouverture d'une curatelle² comme celle qui a pu exister à une époque concernant les mineurs émancipés permettrait de concilier les besoins d'autonomie des parents-mineurs et leur vie juridique autonome avec le maintien d'une protection adaptée à leur vulnérabilité.

2. La redécouverte du mécanisme de curatelle mineure

762. Le régime de la curatelle repose par nature sur le mécanisme de l'assistance. Ce régime est présent dans le droit positif à l'égard des majeurs protégés, pourtant, la curatelle trouve son origine dans l'émancipation des mineurs. Le Code civil de 1804 prévoyait l'émancipation comme une période transitoire de pré-majorité, entre la puissance paternelle et la majorité. C'est la loi du 5 juillet 1974³, qui dans une volonté de simplification⁴, en a modifié le fonctionnement pour en faire une anticipation de majorité, dont la pertinence est aujourd'hui remise en question⁵. Le régime actuel n'offre pas les garanties suffisantes en termes de protection pour convenir à tous les parents-mineurs, car elles semblent disproportionnées à leurs besoins. Pour cette raison, il convient de s'intéresser au régime originel de l'émancipation. Celui-ci proposait un régime intermédiaire de curatelle fondé sur l'assistance du mineur. Ce régime devrait davantage correspondre à la situation des parents-mineurs. Il permettrait d'introduire une proportionnalité afin d'adapter leur statut de mineur à la vie juridique autonome inhérente au statut de parent, « l'intérêt de l'enfant est souvent davantage préservé par l'incapacité qui le touche que par l'autonomie qu'on veut lui accorder »⁶.

763. C'est en matière patrimoniale que les effets de l'émancipation originelle s'éloignent de l'émancipation actuelle, elle semble mieux adaptée à la situation des parents-mineurs. En ce domaine,

¹ Art. 415 C. civ.

² V. C. Leprince, *op. cit.*, pp. 50 s., nos 48 s., spé. n° 50

³ Loi du 5 juillet 1974, n° 74-631, *op. cit.*

⁴ I Corpart, « Emancipation », *op. cit.*, n° 4.

⁵ Pour rappel : 4 253 émancipations volontaires ont été comptabilisées en 1961 et 29 352 en 1973 selon J. Carbonnier, (*Droit civil, vol. 1, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, 2004, éd. PUF, coll. Quadrige, n° 438), pour 983 émancipations en 2003 (Annuaire de la Justice, 2005, *La doc. fr.*), et 1313 demandes en 2010 (Annuaire statistique de la Justice, éd 2011-2012, *La doc. fr.*, p. 45). Chiffres qui permettent de supposer que le régime actuel de l'émancipation ne correspond pas aux attentes de la société concernant l'évolution de la protection des mineurs.

⁶ J.-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD. civ.* 1997, p. 1. et réf. n.b.p. n° 9. Régime d'assistance que l'auteur appelait manifestement de ses vœux sans le décrire ou le nommer.

le mineur ne disposait que d'une demi-capacité présente dans le régime actuel de la curatelle majeure¹. À cette époque, tout mineur émancipé recevait en contrepartie un curateur nommé par le conseil de famille². Cette curatelle était exclusivement *dative*, même lorsque l'émancipation émanait d'une volonté exprimée par le père. Le conseil de famille gardait toute liberté de désigner qui il souhaitait, en pratique, ce choix portait généralement sur le père encore en vie, ou à défaut, l'ex-tuteur³. Le mineur émancipé pouvait administrer seul ses biens, la représentation légale laissant place à une simple assistance. Il figurait en personne dans tous les actes portant sur son patrimoine. L'initiative juridique à l'origine de ces actes ou de l'exercice de ses droits lui était confiée, l'intervention du curateur n'étant limitée qu'à un rôle de contrôle dans les domaines prévus par la loi. Si le mineur était désigné comme administrateur de son patrimoine, sa capacité juridique de gestionnaire évoluait cependant en fonction de la gravité des conséquences de l'acte envisagé.

764. Les actes patrimoniaux étaient divisés en trois catégories offrant un degré d'autonomie progressif : les actes que le mineur pouvait accomplir seul sans assistance, les actes qu'il devait accomplir avec l'assistance de son curateur et enfin les actes qui nécessitaient non seulement l'assistance du curateur, mais aussi l'intervention de la haute tutelle⁴. Les actes que le mineur pouvait faire seul relevaient de la « pure administration »⁵. Cette appellation regroupait les actes de la vie courante, les actes conservatoires sur son patrimoine, les baux d'immeubles n'excédant pas neuf ans, la perception de leurs revenus ainsi que l'émission de quittances, la vente des récoltes et des meubles hors d'usage ou sujet à déperissement, l'achat des choses nécessaires à l'exploitation de ses biens (semences, engrais, bestiaux...), l'exercice des actions possessoires, ainsi que des actions mobilières rentrant dans le domaine de la « pure administration », et enfin toutes les actions concernant sa personne, car il était assimilé au majeur⁶. L'assistance du curateur était nécessaire pour les actes d'administration pour lesquels un tuteur ne pouvait lui-même agir sans l'autorisation du conseil de famille ou à défaut du juge, actes qui excédaient la capacité du mineur⁷ ainsi que les actes qui ne relevaient pas de la « pure

¹ Qui sera transposé sous ce nom aux majeurs par la Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968, « portant réforme du droit des incapables majeurs », JO 4 janvier 1968, abrogeant la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés, Recueil Duvergier, p. 490. Cette loi n'envisageait qu'un seul régime de protection des majeurs par leur mise sous tutelle. La proportionnalité de leur protection sera renforcée par la loi du 5 mars 2007, n° 2007-308.

² Anc. art. 480 C. civ. ; bien que l'article concernât les mineurs en tutelle, la doctrine concluait sa généralité en l'absence de texte spécifique à la curatelle mineur : v. A. Colin, H. Capitan, *op. cit.*, p. 643, n° 828.

³ Cette désignation s'accompagnait de celle d'un curateur *ad hoc*, car le premier acte de la curatelle était la remise des comptes au mineur à son ouverture. Le père ou l'ex-tuteur ne pouvaient être chargés d'assister l'enfant dans la réception des comptes qu'ils ont eux-mêmes été amenés à réaliser, au risque de créer un conflit d'intérêt.

⁴ Sur ces différentes catégories : A. Colin, H. Capitan, *op. cit.*, pp. 646 s., n°s 833 s. ; Ce régime est plus nuancé que l'administration légale qui ne connaît que de l'autonomie ou de la représentation légale, l'assistance étant limitée à une part. congrue d'actes juridiques ; v. *supra* n°s 308 s.

⁵ Anc. art. 481 C. civ.

⁶ Ex. : toutes les actions d'état ou encore l'action en divorce (Trib Limoges, 3 décembre 1908, DP 1910, 2, p. 200, J. 1909, 2, p. 229) ou en séparation de corps (Angers, 4 janvier 1899, DP 99, 2, p. 160, J. 99, 2, p. 40.)

⁷ Les actes soumis à l'intervention du curateur étaient : la réception d'un capital et l'émission de la quittance qui en donne décharge (art. 482 C. civ. anc.), la défense à une action immobilière (même art.) ou une action en partage (art. 840 C. civ. anc.), la vente des meubles autre que les récoltes ou ceux susceptibles de déperir (Req. 7 juillet 1879, DP 80, 1, p. 61, J. 80, 1, p. 206).

administration »¹. Les actes qui nécessitaient l'intervention des pouvoirs de haute tutelle en plus de celle du curateur étaient l'originalité de l'émancipation expresse, car le mineur bien qu'émancipé voyait ici, sa protection revenir à celle d'un mineur ordinaire. L'ancien article 484 du Code civil renvoyait dans son premier alinéa à « tous les actes autres que ceux de pure administration » ; or cela n'était pas forcément exact, car certains actes pouvaient être conclus par le mineur avec la seule assistance de son curateur. Étaient concernés les actes les plus graves affectant le patrimoine du mineur, conditionnés à l'intervention du conseil de famille², à laquelle pouvait s'ajouter l'homologation du juge³. Ce régime, offrait une certaine gradation dans la protection des mineurs, utile lorsque leur situation personnelle appelait à une plus grande autonomie. Un régime de curatelle permettrait d'offrir aux parents-mineurs l'autonomie dont ils ont besoin dans la gestion de leur quotidien, tout en maintenant une sphère de protection quand l'acte présente un risque pour lui ou son enfant.

765. Plutôt que de réformer ce système intermédiaire, qui offrait une certaine proportionnalité dans la protection des mineurs, le législateur a choisi de l'abroger purement et simplement par la loi du 5 juillet 1974⁴ en raison de sa complexité. Si ce régime a totalement disparu du droit positif français, il a survécu outre-Atlantique. Il est possible de le retrouver dans la législation québécoise qui l'a maintenue et réformée sous la désignation de « simple émancipation »⁵. Elle peut être obtenue soit par déclaration du tuteur à la demande du mineur auprès du curateur public après avis du conseil de famille⁶, soit par voie judiciaire⁷. Le mineur peut formuler cette demande que le juge pourra valider après avoir recueilli l'avis du tuteur, et le cas échéant celui du conseil de famille, conformément aux dispositions du Code civil de 1804. Une fois cette émancipation obtenue, celle-ci « ne met pas fin à la minorité et ne confère pas tous les droits résultant de la majorité, mais elle libère le mineur de l'obligation d'être représenté pour l'exercice de ses droits civils »⁸. Le tuteur lui rend compte de son administration, mais par ailleurs, la loi lui impose de poursuivre l'assistance gratuite de son protégé⁹. L'émancipation simple produit

¹ Parmi lesquels : la réception des comptes de tutelle (anc. art. 480 C. civ.), l'emploi des capitaux ce qui correspondait aux placements (anc. art. 482 C. civ.), l'acceptation d'une donation (anc. art. 935 C. civ.), les actions pétitoires immobilières (anc. art. 482 C. civ.) ou lors des actions partage tant en demande qu'en défense.

² Les actes concernés étaient : l'acceptation ou le refus d'une succession en raison des dettes qui peuvent être rattachées à la qualité d'héritier ; l'acquiescement à une demande immobilière (anc. art. 464 et 482 C. civ. combinés)

³ Les actes concernés étaient : l'emprunt (anc. art. 483 C. civ., sans que celui-ci soit nécessairement justifié par une nécessité absolue), l'aliénation d'un immeuble (anc. art. 484 C. civ.), l'hypothèque (anc. art. 484 C. civ.), la transaction (cette dernière devaient en plus obtenir l'avis favorable de trois jurisconsultes, anc. art. 467 C. civ., sauf celle concernant la perception des revenus que le mineur pouvait faire seul).

⁴ Loi du 5 juillet 1974, n° 74-631, *op. cit.* ; v. J. Genton, rapport n° 248, fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi tendant à fixer à dix-huit ans l'âge de la majorité, 26 juin 1974, *Sénat*, spéc. p. 16 : « S'agissant enfin de certaines institutions inhérentes au statut du mineur de dix-huit ans, comme l'émancipation par exemple, l'Assemblée Nationale s'est demandé s'il convenait de les supprimer purement et simplement ou d'en faire bénéficier une nouvelle catégorie de mineurs, ceux dont l'âge est compris entre seize et dix-huit ans. Elle s'est prononcée en définitive pour le maintien d'un régime transitoire entre la minorité et la majorité, mais très limité et assorti de conditions d'octroi très strictes.

⁵ Art. 167 et s. C. civ. Q.

⁶ Art. 167 C. civ. Q. ; il convient de préciser que le curateur public n'a dans ces circonstances aucune possibilité de refuser la déclaration et il ne fait qu'en donner la publicité.

⁷ Art. 168 al. 2 C. civ. Q.

⁸ Art. 170 C. civ. Q.

⁹ Art. 169 C. civ. Q.

globalement les mêmes effets que celle de l'émancipation volontaire¹, la représentation légale laisse ici place à l'assistance qui reconnaît au mineur une plus grande liberté dans l'exercice de ses droits.

766. La simple émancipation est avec la pleine émancipation, la solution juridique apportée par le droit québécois pour rationaliser la situation des parents-mineurs en matière patrimoniale². L'article 192 du Code civil du Québec prévoit : « Outre les droits et devoirs liés à l'autorité parentale, les père et mère, s'ils sont majeurs ou émancipés, sont de plein droit tuteurs de leur enfant mineur, afin d'assurer sa représentation dans l'exercice de ses droits civils et d'administrer son patrimoine. » Contrairement à la législation française, la représentation de l'enfant est ici conditionnée à l'évolution de sa protection, selon que l'émancipation soit simple ou totale. Cette adaptation est facilitée par la capacité conférée au mineur de la demander à titre personnel³. Ce n'est actuellement pas le cas de la législation française dont le refus est justifié par une volonté de ne pas laisser croire à l'enfant qu'il peut « demander à divorcer de ses parents »⁴. Ce système correspond dans les faits au fonctionnement du régime de la curatelle pour l'émancipation antérieure à la loi de 1964, sauf en ce qui concerne l'intervention des pouvoirs de la haute tutelle qui a été remplacée uniquement par celle du juge⁵. On retrouve ici la même logique que celle qui a inspiré la curatelle simple instaurée au bénéfice d'une personne majeure, « qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, [...] d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile [...] »⁶.

767. En définitive, la situation des parents-mineurs permet de mettre en lumière la rigidité des mécanismes de protection de l'autorité parentale qui peinent à s'adapter aux besoins d'indépendance d'un enfant lorsqu'il choisit de mener une vie juridique autonome de celle de ses parents. La responsabilité est donc à rechercher dans l'évolution des dispositions législatives concernant la protection des mineurs. L'évolution de la législation s'est focalisée sur une uniformisation de la protection au profit de la seule autorité parentale en dépit de la reconnaissance de droits concurrents dont le mineur est lui-même titulaire en tant que personne⁷. Alors qu'en parallèle, la reconnaissance des droits des personnes majeures vulnérables a provoqué un mouvement inverse favorisant la flexibilité d'une protection diversifiée, notamment en raison de la pression continue des institutions

¹ Art. 171 et s. C. civ. Q. ; v. sur ce point É. Deleury, *D. Goubau, Le droit des personnes physiques, op. cit.*, pp. 438 s., n^{os} 502 s.

² La situation personnelle ne pose pas de problème spécifique, car la législation québécoise instaure par principe une pré-majorité progressive ; v. *supra*. n^o 735.

³ Art. 167 C. civ. Q. la déclaration d'émancipation simple du tuteur est conditionnée à la demande du mineur ; art. 168 al. 2 C. civ. Q. : qui reconnaît au mineur la capacité d'introduire une demande judiciaire d'émancipation.

⁴ Commission F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La doc. fr., 1999, p. 89.

⁵ Les textes reprennent les mêmes distinctions et limites.

⁶ Art. 440 C. civ.

⁷ J.-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD. civ.* 1997, p. 1 ; F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la pré-majorité », *JCP* 1984, I, p. 3142 ; J. Roque, « La pré-majorité », *Dr. fam.* 2009, étude 20 ; J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, thèse dactyl., Bordeaux, 1998 ; L. A. Femenia, *La volonté des incapables*, thèse dactyl., Toulouse, 2000 ; V. Da Silva, *De l'incapacité à la protection en matière personnelle. Évolution et perspectives*, thèse dactyl., Paris II, 2010.

internationales appelant de leurs vœux une proportionnalité destinée à adapter la protection aux aptitudes conservée par le majeur protégé¹. Cette réflexion concernant les enfants a été abandonnée avec la loi du 5 juillet 1974 abaissant l'âge de la majorité civile². La pertinence d'une période transitoire de la curatelle trouvait sa raison d'être dans une majorité civile tardive, à cette époque les enfants mineurs pouvaient déjà bénéficier d'une vie autonome de celle de leurs parents et disposaient d'une maturité suffisante pour prétendre à un régime de protection allégé. En diminuant l'âge de la majorité, le législateur a renoncé à toute proportionnalité dans les mécanismes de protection, privilégiant une protection unifiée de l'autorité parentale. La flexibilité de cette protection au besoin de protection de l'enfant est conditionnée par les mécanismes juridiques qui la composent. L'autorité et son attribut la représentation légale reposent sur la volonté et le consentement parental qui ne laissent par nature que peu de place à la volonté de l'enfant lui-même.

768. En dépit d'un abaissement de l'âge de la majorité, comment ne pas trouver un écho dans la remarque du comité des ministres du Conseil de l'Europe concernant les majeurs ? Il observait que « les systèmes juridiques plus traditionnels selon lesquels certaines mesures de protection privent automatiquement la personne concernée de la capacité juridique, ou [la] restreignent substantiellement sans qu'il soit tenu compte des besoins de la situation particulière, ne serait manifestement pas conforme à ce principe [de proportionnalité] »³. L'objectif était ici de souligner la nécessité de respecter les droits et libertés individuelles dont la personne même protégée demeure titulaire. Le mineur s'est vu reconnaître des droits personnels, qui peuvent par leur forte imbrication avec la personnalité juridique de leur titulaire échapper à l'autorité parentale. En l'absence d'alternative viable instaurant l'assistance, la proportionnalité de la protection des mineurs ne s'obtiendra que par des concessions accordées par les parents sur les droits qu'ils détiennent sur eux⁴. Ce constat explique pour partie l'impasse juridique dans laquelle se trouvent aujourd'hui les parents-mineurs. En dépit de leur vie juridique autonome résultant de leur statut parental, ils ne bénéficient pas de l'adaptation proportionnée de leur protection qu'implique ce nouveau statut. Le recours à l'assistance « habilitante » est le premier pas pouvant être réalisé dans le sens d'une proportionnalité de la protection des mineurs, complétée par une assistance plus discrète dont la vocation serait de faciliter la réalisation d'un acte ou l'exercice d'un droit par la personne qui en est titulaire.

¹ Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, 23 février 1999, Rec (1999)4 ; v. également la Convention Internationale relative aux droits des personnes handicapées, adoptée le 13 décembre 2006 par l'assemblée générale des Nations unies.

² Loi n° 74-631, 5 juillet 1974, fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, JO 7 juillet 1974, p. 7099.

³ *Ibid.*, principe nos 5 et 6, nos 38 à 40, spéc. n° 40.

⁴ Soit de manière purement factuelle afin d'obtenir la paix dans son foyer face aux revendications de l'enfant, soit par le biais de son émancipation qui entérine juridiquement le renoncement du parent à l'exercice de ses droits.

769. En matière personnelle, l'émancipation¹ entraînait comme aujourd'hui une autonomie de nature à lui conférer « le gouvernement de sa personne »². Le mineur émancipé n'était plus soumis à la puissance paternelle, il pouvait quitter le domicile familial et constituer son propre foyer, acquérir un domicile propre, choisir sa profession, conclure un contrat de travail ou s'enrôler dans l'armée³. Il était assimilé à un majeur, à deux exceptions près : il ne pouvait ni se marier sans le consentement de ses père et mère, de ses ascendants ou du conseil de famille, ni exercer la profession de commerçant⁴. Les effets de la curatelle offrent en matière extrapatrimoniale une réponse adaptée aux problématiques rencontrées par le parent-mineur, tout comme l'émancipation actuelle. La protection en matière personnelle permet de dégager une autre forme d'assistance dont l'objectif n'est plus d'habiliter un mineur pleinement autonome dans son action, mais de faciliter les démarches qu'il entreprend en veillant à ce qu'il bénéficie de l'accompagnement par une personne majeure de son choix.

B- L'accompagnement du mineur dans ses démarches

770. Les différents mécanismes juridiques que sont l'assistance « habilitante » et la représentation légale permettent de mettre en lumière une échelle graduée de la protection dans la réalisation des actes juridiques. Comme en matière de décision avec l'avis, il existe un ultime échelon qui permet d'adapter la protection aux besoins réels de la personne vulnérable. Celui-ci a pu être désigné comme une assistance « facilitante »⁵, la notion d'accompagnement permet d'éviter toute confusion avec l'assistance « habilitante » et marque une baisse d'intensité de la protection des personnes **(1)**. Elle peut intervenir dans des domaines où toutes autres formes de protection plus contraignantes sont exclues⁶. L'accompagnement représente le dernier bastion de protection pouvant coexister avec une pleine capacité juridique reconnue aux mineurs et participe à la proportionnalité de leur protection **(2)**.

¹ Anc art. 485 et s. C. civ., abrogé par la loi du 5 juillet 1974.

² A. Colin, H. Capitan, *op. cit.*, p. 634, n° 821.

³ *Ibid.*, p. 645, n° 831.

⁴ Anc. art. 2 (devenu L. 121-2) et 3 C. com. ; l'article 3 encadrait l'accès des mineurs à cette professions en imposant un critère d'âge (dix-huit ans) qu'à une autorisation expresse et préalable délivrée soit par les père et mère, soit par le conseil de famille, qui devait être publiée au registre du commerce.

⁵ V. C. Leprince, *op. cit.*, p. 93 et s., n°s 90 s.

⁶ Comme en matière d'assistance éducative, car il s'agit d'accompagner le parent dans l'exercice de son autorité parentale, autorité qui ne peut s'exercer par représentation ou assistance ; v. *supra* n°s 470 s ; C. Bres, *Le droit à l'accompagnement*, thèse dactyl., Avignon, 2015.

1. La notion d'accompagnement

771. Comme la notion d'assistance, celle de l'accompagnement est tout aussi complexe à délimiter, car elle renvoie à de multiples réalités tant juridiques que factuelles¹. L'accompagnement se définit comme une mesure d'origine judiciaire ou contractuelle permettant de prévenir la marginalité ou de permettre la resocialisation des personnes en situation d'exclusion². L'assistance est non seulement un mécanisme permettant d'étayer le processus décisionnel, elle est également un moyen de contrôle de l'assisté. L'accompagnement diffère de l'assistance sur ces deux aspects, car « même s'il comporte une aide matérielle, financière ou morale, même s'il associe un mécanisme de contrôle, il est davantage question [...] de responsabiliser la personne dans une démarche dynamique, d'être à ses côtés en continu pour l'aider à trouver sa voie et à conserver intacte sa capacité de réflexion dans les difficultés qui l'atteignent : l'objectif est de l'aider à retrouver son autonomie ou à la préserver »³. La notion d'accompagnement, tout comme celle de l'assistance, recouvre une réalité bien plus large. Il s'agit du seuil minimum de protection accordé à tout individu, quelle que soit sa situation juridique personnelle. Seul compte la situation de vulnérabilité réelle ou ressentie⁴ dans laquelle il se trouve, sans pour autant remettre en question son discernement ou sa capacité à agir. Cette vulnérabilité peut être favorisée par l'état de la personne, par exemple son état de dépendance vis-à-vis d'une autre. Le droit pénal punit « l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse »⁵. Cette vulnérabilité ne présente pas sur le plan civil l'intensité suffisante pour justifier que la personne soit représentée ou assistée dans ses actes⁶. Pour cette raison, elle demeure libre de recourir ou non à l'accompagnement. Ce choix relève de sa liberté individuelle, car elle bénéficie toujours d'une présomption d'aptitude et de capacité⁷. À ce titre, la personne reste la mieux placée pour juger de ses compétences et si nécessaire demander à se faire accompagner pour rééquilibrer une situation qu'elle estime désavantageuse. La loi recourt dans ce cas à l'accompagnement lorsqu'il s'agit de personnes majeures dont la vulnérabilité ne suffit pas pour légitimer un régime de protection judiciaire.

772. L'accompagnement permet de pallier la limite propre à chaque personne, qui sans être immature ou incapable, ne dispose pas des connaissances nécessaires pour exercer pleinement ses droits

¹ Sur la notion v. M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, pp. 107 s. ; Dossier « L'accompagnement entre droit et pratique », *RDSS* 2012, pp. 975 à 1039 ; v. également F. Petit, « Le droit à l'accompagnement », *DS* 2008, p. 413 ; C. Bres, *Le droit à l'accompagnement*, *op. cit.*

² *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « accompagnement ».

³ F. Petit, « Le droit à l'accompagnement », *op. cit.*

⁴ C. Leprince, *op. cit.*, pp. 92 s., n° 91.

⁵ Art. 223-15-2 CP, les éléments sont par ailleurs repris afin de définir la notion de vulnérabilité : *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « vulnérabilité ».

⁶ Ex : art. 495-1 C. civ.

⁷ C. Leprince, *op. cit.*, p. 93, n° 90

et veiller à ses intérêts¹. Ce constat permet d'expliquer le fait que l'accompagnement ait pris son essor dans des domaines marqués par la précarité des personnes ou d'une grande technicité nécessitant des connaissances poussées pour en maîtriser pleinement les enjeux. Dans ces domaines, les personnes bien qu'autonomes dépendent d'une aide extérieure ou de l'intervention d'un professionnel pour pallier leur situation de vulnérabilité, en dépit de leur discernement et de leur capacité juridique. Le droit médical recourt régulièrement à l'accompagnement dans le cadre du secret médical, les mineurs devant se faire accompagner d'une personne majeure de son choix², ou encore dans le cadre de la fin de vie³. L'accompagnement intervient également en matière de handicap avec les Maisons Départementales des personnes handicapées⁴, créées par la loi du 11 février 2005⁵. Ce mécanisme est également utilisé dans le cadre du droit du travail via la mission attribuée à Pôle Emploi pour l'accompagnement des personnes sans profession pour faciliter leur retour à l'emploi et dans l'aide apportée aux entreprises dans leur processus de recrutement⁶, jusqu'à consacrer un véritable droit à l'accompagnement pour les jeunes confrontés à un risque d'exclusion professionnel⁷. L'accompagnement permet également de restaurer l'autonomie des parents dans l'exercice de leur autorité parentale par l'action éducative. Cette définition de l'accompagnement se retrouve par exemple à l'article L. 271-1 du Code de l'action sociale et des familles qui prévoit que : « toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources peut bénéficier d'une mesure d'accompagnement social personnalisé qui comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé ». En reprenant ces différentes indications, il est possible de constater que l'accompagnement est une mesure de protection qui intervient au bénéfice de personnes majeures dont le discernement et la capacité restent présumées, sans qu'aucune altération de leurs facultés n'ait été médicalement constatée⁸. En raison des difficultés qu'elles rencontrent dans la gestion des aides qui leur sont versées, un accompagnement leur est proposé via une protection qui prend la forme d'une contractualisation⁹. Ce n'est qu'en cas de refus ou d'échec de cet aide que le département sera en mesure de transmettre le dossier au procureur de la République qui, au vu des

¹ M. Borgetto, « La portée juridique de la notion d'accompagnement », *RDSS* 2012, p. 1029. L'auteur voit dans l'accompagnement l'expression du principe de fraternité, car si l'accompagnement des personnes par la société : permettre d'atteindre tel ou tel objectif (par exemple, l'accès à l'emploi), d'assurer un suivi individualisé et personnalisé de la personne concernée, l'accompagnement répond selon l'auteur à la nécessité de protéger les plus faibles et faire respecter le principe de la dignité humaine.

² Art. L. 1111-5 CSP.

³ L'article L.168-1 alinéa 1 CSS prévoit le versement d'une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie est versée aux personnes qui accompagnent à domicile une personne en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause.

⁴ Art. L. 146-3 CASF. Elles ont une mission d'accueil, d'information, d'accompagnement et de conseil des personnes handicapées et de leur famille, ainsi que de sensibilisation de tous les citoyens au handicap.

⁵ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JO* 12 février 2005 p. 2353 texte n° 1.

⁶ Art. L. 5312-1 CT.

⁷ Art R. 5131-4 et s. CT., créé par le Décret n°2016-1855 du 23 décembre 2016, relatif au parcours contractualisé d'accompagnement vers l'emploi et l'autonomie et à la garantie jeunes, *JO* 27 décembre 2016, texte n° 38, en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

⁸ *Ibid.* L'assistance est également être envisagée dans le cadre de la protection des majeurs, v. S. Zouag, *L'accompagnement dans la protection juridique des majeurs : une notion en devenir*, thèse dactyl., Lyon 3, 2015.

⁹ Art. L. 271-1 al. 2 CASF. V. *supra* n° 445.

éléments, pourra saisir « le juge des tutelles aux fins du prononcé d'une sauvegarde de justice ou de l'ouverture d'une curatelle, d'une tutelle ou d'une mesure d'accompagnement judiciaire »¹. L'accompagnement comme toute protection est de nature temporaire et proportionnée, car si les difficultés de la personne persistent, il y a lieu de lui substituer une mesure plus adaptée. Cette protection est liée au seul constat de la situation de vulnérabilité de la personne indépendamment de son âge ou de ses facultés², l'objectif étant de restaurer son autonomie dans l'exercice de ses droits par l'aide et l'assistance éducative³. L'accompagnement est par nature un droit qui n'exclut personne, il a vocation à lutter contre toute forme d'exclusion et à restaurer ou maintenir l'autonomie des personnes dans l'exercice de leurs droits.

773. L'accompagnement est également utilisé pour protéger les personnes dans le cadre de la conclusion d'un acte juridique, quand leur vulnérabilité résulte d'un état d'ignorance⁴, favorisé par une asymétrie des informations ou des compétences. Ce mécanisme est très présent dans le droit consumériste⁵, attaché à une conception de la vulnérabilité liée à la seule qualité de consommateur, indépendamment de toute autre considération d'ordre personnel⁶. Cette vision s'est peu à peu étendue à d'autres domaines du droit⁷ tels que la santé⁸. Cette asymétrie a été compensée dans un premier temps, par la multiplication des obligations légales d'informations qui ont irrigué tous les domaines contractuels⁹. L'objectif était de permettre à toute personne d'émettre une volonté libre et éclairée en conformité avec ce qu'elle estime être dans leur intérêt¹⁰. L'information apparaît une nouvelle fois comme une condition nécessaire à l'autonomie juridique des personnes¹¹. Si l'absence d'information

¹ Art. L. 271-6 CASF

² F. Petit, « L'émergence d'un droit à l'accompagnement », *RDSS* 2012, p. 977.

³ V. *supra* n° 448.

⁴ V. Cass, Etude : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in *rapport annuel 2009*, spé. la contribution de la chambre criminelle : « La vulnérabilité de la victime », n° 1.1.2.

⁵ Art. L. 111-1 et L. 111-2 C. conso.

⁶ G. Raoul-Cormeil, « Le consommateur est-il un incapable ? », in *40 ans de droit de la consommation 1972-2012* (Colloque : Montpellier, 28 sept. 2012), D. Mainguy, M. Depincé (dir.), Etudes Teutates, 2013, pp. 27 à 46.

⁷ V. sur ce point : D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.*, 1998, p. 95 ; N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000 ; Pour une définition de la notion de consommateur, v. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 4 ; et l'art.1 de la Directive n° 1999-44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOUE* n° 171 du 7 juillet 1999 p. 12 : est un consommateur « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

⁸ A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, éd. PUF, 3^{ème} éd., 2012, pp. 337 et s., n° 317 à 328 ; G. Rousset, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Bordeaux, Les Etudes hospitalières, « Thèses », 2009 ; G. Mémeteau, « Le patient consommateur et le professionnel de santé », *LP4*, 5 décembre 2002, p.52 ; A. Laude, « Le consommateur de soins », *D.* 2000, chr. pp. 415 s. ; S. Grom, « De l'influence du consumérisme sur l'humanisme médical », *Gaz. Pal.*, 14-16 juillet 1996, Doct. 24-30, n° 24 ; V. Ghadi, M. Naiditch, *L'information de l'utilisateur/consommateur sur la performance du système de soins*, DRESS, série « étude » ; H. Fabre « Chirurgie esthétique, le patient devient un consommateur averti », *Gaz. Pal.* 25 sept. 1997, p. 33 (à ce sujet v. art. L 6322-2 CSP qui impose des informations spécifiques au domaine de la chirurgie esthétique) ; pour une illustration : Cass., crim., 15 mai 1984, *D.* 1985, p. 106 : « les personnes avec lesquelles un médecin conclut un contrat médical doivent être considérées [...] comme consommateurs desdits services » ; Cass., crim., 21 octobre 1998, *RDSS* 1999, obs. A. Laude.

⁹ M. Tchendjou, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », *op. cit.* ; A. Cathelineau, « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive », *C. C. Conso.*, décembre 1999, pp. 4 s.

¹⁰ V. art. L. 1111-6 al. 2 CSP ; pour un exemple d'une extension du droit à l'information consumériste à l'acquisition de bien immobilier, v. F. Bellivier, « Solidarité et renouvellement urbain », *RTD. civ.*, 2001, p. 216 ; M. Poumarède, « Le contrat de vente d'immeuble et le droit de la consommation, un exemple à suivre ? », *RLDC* 2006, p. 2248.

¹¹ Ex. sur le rôle de l'information v. *supra* nos 92 s.

était préjudiciable, sa profusion est devenue tout aussi problématique, car l'important est qu'elle soit « accessible, intelligible, compréhensible. La qualité de l'information importe autant, voire plus, que sa quantité »¹. La loi prévoit que ces informations soient délivrées de manière adaptée aux personnes à qui elles sont destinées². En dépit de ces précautions, la délivrance de l'information ne s'accompagne pas toujours des capacités intrinsèques ou extrinsèques nécessaires à leur bonne compréhension, surtout lorsqu'elles sont liées à une éducation ou à une formation spécifique. Ces difficultés de compréhension ne suffisent pas pour justifier une remise en cause systématique du discernement ou de la capacité des personnes, sans qu'elle soit associée à une altération de leurs facultés ou de leur minorité. Dans le cas contraire, nous deviendrions tous, sans exceptions, l'objet d'une protection juridique faute de parvenir à assimiler toutes les règles et les connaissances nécessaires à la protection optimale de nos intérêts. Cette maîtrise est légalement présumée avec la majorité ou l'émancipation. Si la présomption légale de discernement et de capacité juridique dispose d'un seuil plancher fixé à dix-huit ans, la loi ne prévoit aucun plafond au-delà duquel le discernement et la capacité ne serait plus présumé. L'âge, même avancé, ne remet pas en question la capacité juridique en l'absence d'altération des facultés médicalement constatées, et cela quand bien même il favoriserait la dépendance renforçant la vulnérabilité des personnes³.

774. L'accompagnement permet à toute personne qui s'estime dépassée faute de saisir tous les enjeux d'une décision ou la portée exacte d'un acte qu'elle envisage, de demander l'avis ou l'assistance d'une personne extérieure qui dispose d'une plus grande expérience ou du moins de sa confiance⁴. L'assistance apportée n'est pas destinée à habiliter la personne dont le discernement et la capacité continuent d'être présumés, mais seulement de faciliter la prise de décision et le cas échéant, la réalisation de l'acte juridique qui en résulte par un contrôle restreint. L'accompagnement permet à une personne de surmonter la technicité de l'acte, en lui associant un tiers avec un rôle de soutien et de « sachant »⁵. Ce rôle d'appui se retrouve par exemple en droit brésilien, où pour l'accomplissement de certains actes, pour lesquels, les « soutiens » de la personne protégée « s'engagent à « appuyer » la décision principalement en informant et conseillant la personne et en étant présents à ses côtés lors de

¹ M. Mekki, « L'information en droit privé. Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », in *L'information, VIIIe journées juridiques franco-japonaises*, B. Fauvarque-Cosson et Y. Ito (dir.), Société de législation comparée, coll. Droits étrangers, vol. 11, 2012, p. 139 s., spéc. n° 56, p. 189.

² Art. L. 221-5 C. conso. : « [...] le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes [...] ».

³ Sur le constat de la vulnérabilité liée à l'âge de la personne : C. Willmann, « Condition de travail et d'hébergement contraire à la dignité », in *Rep. pén.*, Dalloz, octobre 2003, (actualisation mars 2014), n° 37 ; J.-P. Gridel, « La sénescence mentale et le droit », *Gaz. Pal.* 2001, 1, pp. 4-12, spéc. p. 11.

⁴ Ce dernier cas a été désigné comme l'avis d'« opportunité », v. J. Raynard, « Domaines et thèmes des avis », in *L'inflation des avis en droit*, Th. Revet (dir.), Economica, coll. Études juridiques, 1998, p. 11., spéc. p. 12, lorsque qu'une personne « dispose de tous les éléments d'information nécessaires à la prise de décision reste [toutefois] indécis ».

⁵ « Ancien terme désignant une personne bien renseignée, bien informée (« à ce connaissant ») qu'un technicien peut lui-même consulter et qui, à la demande de celui-ci ou des parties, peut également être entendu par le juge », *Vocabulaire Juridique*, G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « sachant ».

la prise de décision »¹, cette intervention n'étant ni d'une assistance, ni un contrôle des actes importants de la vie civile au sens de la curatelle du droit français, ni un contreseing, car l'acte demeure valable en dépit de l'absence de signature par la personne présente en tant que « soutien »². Il s'agit d'un mécanisme similaire à celui de l'accompagnement.

775. L'accompagnement est une protection compatible avec l'autonomie juridique des personnes dans l'exercice de leurs droits. Elle ne porte atteinte ni à leurs décisions ni à leur capacité. La volonté émise par l'accompagnant n'a que la valeur juridique d'un avis³ ou d'un conseil⁴. Il ne dispose pas de l'initiative décisionnelle qui appartient au titulaire du droit et sa volonté est sans incidence sur la décision finale, excluant tout consentement ou autorisation de sa part. Pour ces raisons, la volonté de l'accompagnant n'apparaît pas lors de la conclusion de l'acte juridique. L'objectif n'est pas de pallier une inaptitude ou une incapacité, mais seulement d'aider à décider de la façon la plus raisonnable possible, deux avis valant mieux qu'un, et de s'assurer de l'autonomie de la personne dans l'exercice de ses droits⁵. À cela s'ajoute un rôle de soutien qui permet, si besoin, de faciliter les démarches par sa seule présence ou par l'aide matérielle qu'elle apporte⁶. L'accompagnement est toujours possible même dans le silence de la loi et en l'absence de tout autre mécanisme de protection, car c'est une forme de liberté. Si ce mécanisme de protection peut intervenir à l'égard de personnes majeures dont l'aptitude et la capacité sont présumées, face, à un parent-mineur qui bénéficie d'une autonomie juridique en tant que parent, le recours à l'accompagnement contribue à l'élaboration d'une pré-capacité nécessaire pour parachever sa pré-majorité.

2. L'accompagnement, du parent-mineur dans son autonomie

776. L'accompagnement reste un choix laissé à la discrétion des personnes, en l'absence de toute autre mesure de protection, sans qu'aucun texte n'ait besoin de le prévoir explicitement. Le législateur peut anticiper le besoin et rappeler cette opportunité, compte tenu de la situation dans laquelle se trouve la personne. La consécration de la personne de confiance à l'article L. 1111-6 du Code de Santé publique donne une illustration de cette place accordée à l'accompagnement en réponse à la vulnérabilité des

¹ B. Graeff, M. Rebourg, « La prise de décision appuyée du droit brésilien : un nouvel instrument de soutien à l'exercice de la capacité juridique », *Dr. fam.*, juin 2019, étude n°7.

² *Ibid.*

³ V. *supra* nos 751 s.

⁴ V. sur la distinction de ces notions, C. Leprince, *op. cit.*, pp. 209 s., nos 218 s.

⁵ F. Petit, « L'émergence d'un droit à l'accompagnement », *op. cit.*

⁶ Ex : la proposition de loi n°262, visant à renforcer l'accompagnement des jeunes majeurs vulnérables vers l'autonomie, du 7 mai 2019, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture. Ce texte prévoit dans son article 4 d'insérer à l'art. L. 223-1-3. CASF la disposition suivante : « le mineur peut désigner une personne de confiance majeure, qui peut être un parent ou toute autre personne de son choix. La désignation de cette personne de confiance est réalisée en concertation avec l'éducateur référent du mineur. Les modalités de cette désignation sont définies par décret. Si le mineur le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches, notamment en vue de préparer son autonomie, et assiste à l'entretien prévu à l'article L. 222-5-1 ».

personnes malades¹. Le texte prévoit dans son alinéa 2 que « si le patient le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux pour l'aider dans ses décisions. » Une fois l'accompagnement prévu par un texte, il n'est plus une simple liberté octroyée aux personnes, mais un véritable droit dont les modalités d'exercice peuvent être encadrées. Le droit général permettant à tous patients de désigner une personne de confiance a été limité aux majeurs. Ce choix peut s'expliquer, car les patients mineurs disposent par principe de la protection de l'autorité de leurs parents, dont la mission est de veiller notamment sur leur santé. Ils bénéficient à ce titre d'un droit de décision et de représentation sur leur enfant. L'accompagnement ne peut exister qu'à la condition que la personne soit autonome à la fois dans ses décisions, mais également lors de la conclusion des actes juridiques. Les mineurs ont progressivement bénéficié d'une véritable sphère d'autonomie dans leurs droits gagnée sur ceux détenus par leurs parents. Le droit de la santé est l'un des domaines qui ont été le plus marqués par l'accroissement de l'autonomie de l'enfant sur sa protection². « C'est aussi dans ce domaine que la famille au sens du droit civil se voit le plus nettement concurrencée par des tiers inconnus, des personnes de confiance se substituant aux représentants habituels de l'incapable »³ via le recours à l'accompagnement dans le cadre de son autonomie.

777. L'autonomie de l'enfant dans l'exercice de ses droits conduit à exclure tous les mécanismes juridiques ayant pour objet de substituer ou d'habiliter le mineur que ce soit l'autorité et la représentation légale ou l'autorisation et l'assistance. Cette exclusion est notamment rappelée à l'égard des droits de nature éminemment personnelle⁴. Comme le discernement et la capacité sont ici présumés, il n'y a donc plus lieu de lui appliquer la protection liée à son état de minorité qui est en l'espèce indifférent⁵. La vulnérabilité résultant de la situation dans laquelle se trouve le mineur peut justifier le maintien d'une protection minimale. Au même titre que l'autonomie, le statut de parent ne permet pas d'effacer la précarité de la situation du parent-mineur, sa vulnérabilité le place dans une situation de dépendance à l'égard de ses parents. L'accompagnement sur un plan personnel peut devenir nécessaire. La mise en œuvre d'une protection ne doit pas remettre en cause l'autonomie qui lui est reconnue, il ne

¹ C. Evin, B. Charles, J.-J. Denis, rapport n° 3258 de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 18 septembre 2001, *Sénat* ; D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Dalloz, mémento, 9^{ème} éd., 2016, p. 214 ; C. Esper, « La personne de confiance : obligations légale, morale, juridique ? », *Rev. gén. dr. méd.*, 2003, n° 11, p. 81 ; du même auteur : « La personne de confiance », *Gaz. Pal.*, décembre 2002, p. 1723 ; F. Mélin, « La personne de confiance de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique », in *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, G. Fauré (dir.), éd. PUF, 2003, pp. 111-124 ; A. Gabriel, *La personne de confiance de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades*, 2004, PU Aix-Marseille ; C. Taglione, « La personne de confiance : facteur de progrès ou source de difficultés à venir ? » *Rev. gén. dr. méd.*, 2005, p. 397.

² V. *supra* Titre I sur l'accès des mineurs au statut de parent.

³ J.-J. Lemouland, « Famille », *op. cit.*, n° 193 ; v. à ce sujet : M. Bruggeman, « L'enfant et les tiers », in *La famille que je veux, quand je veux ?* C. Neirinck (dir.), 2003, Erès ; D. Vigneau, « L'autonomie du mineur en matière de santé », in *La condition juridique du mineur*, J.-J. Lemouland (dir.), 2003, Litec ; C. Neirinck, « L'autorité parentale, institution "mythée" », in *Regards critiques sur quelques (ré)évolutions récentes du droit*, t. 2, J. Krynen et M. Hecquard-Théron, PU Sciences sociales de Toulouse, 2005.

⁴ Art. 458 C. civ., cet article est présent dans la sous-section intitulée : « des effets de la tutelle et de la curatelle quant à la protection de la personne », la tutelle et la curatelle étant marquée respectivement par la représentation et l'assistance du majeur dans la conclusion des actes juridiques.

⁵ V. *supra* n° 183.

s'agit plus de substituer ou d'habiliter la personne, mais de lui faciliter l'exercice de ses droits ; seul l'accompagnement permet d'atteindre ce double objectif.

778. Le législateur a demandé que le mineur bien qu'autonome soit accompagné dans ses démarches en matière de santé par une « personne majeure de son choix »¹. Cette référence se retrouve pour l'IVG² et plus généralement dans le cadre du secret médical³ opposable aux parents. Le législateur ne fait ici que souligner la moindre intensité du besoin de protection éprouvée par la personne au vu de sa situation. Si un majeur confronté à la technicité du dialogue médical ou à la complexité des démarches peut bénéficier d'un accompagnement, il convient d'offrir cette même possibilité au mineur. L'assistance n'est pas actuellement intégrée dans le cadre d'une véritable pré-majorité, mais dans celui d'une autonomie du mineur obtenue par l'exclusion de l'autorité parentale. L'accompagnant peut-être un proche (membre de la famille autre que les parents, ami, père de l'enfant, belle-famille...) ou un professionnel amené à prendre en charge l'enfant (services éducatifs, corps enseignant, personnel soignant...). L'enfant bénéficie d'une véritable liberté de désignation dont la seule limite imposée par la loi est celle de la majorité civile de l'accompagnant⁴. Celui-ci ne peut donc lui être imposé⁵. La condition de majorité permet de faire présumer la valeur ajoutée en termes d'expérience et de soutien purement matériels⁶ de l'enfant, en comparaison avec l'apport d'un accompagnant lui-même mineur.

779. Contrairement au majeur où le caractère facultatif et discrétionnaire de l'accompagnement est systématiquement mis en avant par le législateur, lorsqu'il s'agit du mineur, les textes se contentent d'énoncer qu'il « se fait accompagner par la personne majeure de son choix ». Compte tenu de la neutralité de cette formulation, il n'est pas possible de déduire le caractère obligatoire ou facultatif de cet accompagnement. Compte tenu de l'autonomie du mineur, l'existence ou non d'un accompagnement n'a aucune incidence juridique sur la validité même du consentement donné ou sur les obligations incombant au co-contractant qui demeure soumis aux mêmes exigences d'information. Il ne peut ni refuser l'accompagnement lorsqu'il est sollicité, ni l'imposer contre la volonté du mineur. Intégré dans le cadre d'une pré-majorité des parents-mineurs, l'accompagnement permettrait d'organiser un seuil de protection minimum dans des domaines où leur autonomie est consacrée. Il

¹ Sur l'accompagnement en matière médicale : C. Huriet, D. Jacquat, « Accompagnement individuel : une réponse aux enjeux de santé publique », *Rencontres parlementaires « Santé société entreprise »*, Actes du colloque de 2004, *Altédia santé* ; F. Petit, « le droit à l'accompagnement », *DS* 2008, p. 413

² L. 2212-7 CSP.

³ L. 1111-5 CSP : « [...] Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix. »

⁴ La loi peut prévoir une obligation de conseil du mineur dans son choix de la personne majeure comme celle mise à la charge de la personne consultée lors de l'entretien préalable à l'IVG : v. art. L. 2212-4 CSP.

⁵ C. Leprince, *op. cit.*, n° 97.

⁶ Ex : la détention du permis de conduire offrant la mobilité nécessaire à l'enfant pour respecter ses rendez-vous, les facilités de paiement dont le mineur peut ne pas disposer, l'organisation matérielle : la fourniture du nécessaires requis pour un séjour de longue durée, vêtements, produits d'hygiène quotidien...

contribue à la proportionnalité de sa protection, car elle n'est plus vu au travers du prisme de sa minorité, mais par celui de sa vulnérabilité.

780. Cette protection ne résulte plus exclusivement d'un état juridique, mais de la situation de la personne et de sa précarité. Ce changement de point de vue offre la souplesse requise pour adapter la protection de l'enfant à une éventuelle évolution de sa situation juridique durant sa minorité. L'accompagnement peut jouer un rôle important dans le cas des parents-mineurs pour lesquels il convient de concilier leur statut de parent, duquel dépend la protection de leur enfant, avec leur propre protection, car ils ne peuvent plus être exclusivement appréhendé par leur seule minorité. L'objectif est de proposer une protection dans son quotidien tout en palliant la vulnérabilité que la pleine autonomie ne permet pas de compenser. Par ailleurs, la gradation des mécanismes de protection de l'enfant permet de rappeler les rôles de chacun dans une cellule familiale complexe ou les grands-parents ne doivent pas se substituer au parent-mineur, mais peuvent l'accompagner dans l'exercice de sa fonction. L'accompagnement met en évidence la possibilité d'une rationalisation des mécanismes de protection afin d'offrir une protection plus adaptée à la situation réelle de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les parents-mineurs et leur besoin d'autonomie dans l'exercice de leurs droits.

781. Ce mécanisme permet d'une part d'offrir une protection aux mineurs là où les autres mécanismes de protection ne peuvent intervenir et d'autre part de desserrer l'emprise parentale face à un mineur qui dispose d'une vie juridique autonome en devenant lui-même parent. En accédant au statut de parent, l'autorité qui s'exerce sur le parent-mineur perd de sa légitimité. Instaurer une gradation dans la protection offerte par l'autorité parentale, par l'instauration d'une pré-majorité permettrait de surmonter l'affirmation selon laquelle l'accès d'un mineur au statut de parent ne permet pas de présumer qu'il a acquis suffisamment de maturité pour exercer ses droits, alors que la loi fait présumer cette maturité en lui imposant de décider et d'agir dans l'intérêt de son enfant.

Conclusion du Chapitre II

782. Le statut de parent étant sans incidence sur le statut de mineur, le parent-mineur demeure sous la protection de ses parents. Seule l'émancipation permet d'y mettre fin en provoquant la disparition de l'autorité parentale. Avec l'abrogation de l'émancipation expresse, ne subsiste aujourd'hui que l'émancipation judiciaire et l'émancipation légale, qui pour des raisons de protection requièrent toutes deux la démonstration de justes motifs pour y faire droit. Cette légitimité, bien qu'interprétée de manière large, ne fait que consacrer juridiquement l'autonomie factuelle déjà acquise par le mineur sur l'autorité de ses parents. La charge de famille justifie l'émancipation du parent-mineur, car sa fonction lui donne accès à une vie autonome distincte de celle de ses parents. La légitimité du motif est cependant insuffisante, car il convient de démontrer que le mineur est suffisamment préparé aux conséquences juridiques de son émancipation. Une fois émancipé, son discernement est reconnu tout comme sa capacité juridique. Ces précautions sont justifiées en raison du caractère irréversible de l'émancipation, l'erreur n'étant pas permise. Pour autant, l'émancipation ne résout pas toutes les difficultés liées à la minorité du parent, car même libéré de l'autorité parentale, il continue de dépendre de la solidarité familiale ou à défaut des aides sociales destinées à lutter contre la précarisation des familles. Bien que libéré de sa minorité, le parent-mineur peut rester vulnérable, si bien que l'émancipation ne convient qu'aux situations où il démontre ses aptitudes à l'autonomie, et sous réserve que ses parents acceptent de renoncer aux droits qu'ils détiennent sur lui.

L'exercice personnel des droits dont le mineur est titulaire n'implique pas obligatoirement la fin de sa protection. La minorité peut s'adapter au mineur qu'elle protège et tenir compte de l'évolution de sa situation juridique, comme de ses facultés de discernement. L'accès du mineur au monde du travail illustre cette faculté d'adaptation. L'autonomie requise pour établir un lien de subordination entre le mineur salarié et son employeur ne peut se contenter de la seule volonté des parents. L'autorité laisse donc place à l'autorisation et le contrat de travail ne sera pas conclu par représentation mais par assistance. L'acquisition du statut de salarié accorde au salarié mineur une autonomie juridique personnelle en adéquation avec ce statut, sans qu'il soit nécessaire de renoncer à sa protection personnelle. Le statut de parent requiert que le mineur qui l'accepte puisse disposer d'une autonomie juridique personnelle en cohérence avec ce statut, sans pour autant renoncer à sa protection. C'est donc à l'autorité parentale de s'adapter aux besoins du protégé en tenant compte de son statut de parent. Cette coexistence pourra se faire notamment par l'élaboration d'une pré-majorité.

L'acquisition du discernement varie selon chaque individu, ce qui implique un ajustement progressif de sa protection pour s'adapter à ses besoins réels de protection. La prise en compte du discernement comme critère d'évolution de la protection du mineur soulève la question de son

appréciation. Celle-ci peut se faire de manière subjective, au risque qu'une même situation soit l'objet d'interprétations différentes et potentiellement divergentes selon la personne chargée d'évaluer le discernement du mineur. Dans ce cas, l'autonomie dépend moins des aptitudes réelles du mineur que de la personne qui en apprécie le discernement. L'évaluation subjective du discernement est non seulement une source d'inégalités entre les personnes, mais contribue à l'insécurité des interactions juridiques durant la minorité. C'est pourquoi la loi recourt à une appréciation plus objective de ce discernement par référence à des seuils d'âges, des situations ou des charges spécifiques laissant présumer un besoin d'autonomie, tel que l'accès à l'emploi. Contrairement à l'émancipation, la pré-majorité offre une autonomie circonstanciée portant sur l'exercice de certains droits ou la réalisation de certains actes en fonction des besoins éprouvés par le mineur dans une situation donnée. L'attribution du statut de parent à un mineur justifie que sa protection puisse s'adapter à l'évolution de sa situation, car il disposera d'une vie juridique distincte de celle de ses parents.

L'autorisation et l'avis sont des mécanismes juridiques susceptibles d'être utilisés pour concevoir une pré-majorité décisionnelle, favorisant une prise en compte graduelle de la volonté du mineur en fonction de son discernement, de laquelle découlera une pré-capacité. Le maintien de l'autorité des parents leur assure l'initiative de la décision ainsi que son orientation définitive, la volonté du mineur étant limitée à un avis, les actes juridiques devant être conclus par représentation. Le recours à l'autorisation accorde au mineur l'initiative de la décision sur laquelle les parents n'ont qu'un droit de veto, l'acte juridique devant être conclu dans le cadre de l'assistance. Enfin, pour les droits que le mineur serait amené à exercer personnellement, la volonté des parents pourrait se limiter à un avis, et son rôle à un accompagnement du mineur dans ses démarches. La protection personnelle du parent-mineur pourrait ainsi s'ajuster à ses besoins de protection proportionnellement à l'autonomie dont il fait preuve dans l'exercice de son autorité parentale.

Conclusion du Titre II

783. La situation juridique actuelle des parents-mineurs résulte de la juxtaposition du statut de parent avec celui de mineur. Faute d'aménagement, ces deux statuts sont distincts l'un de l'autre, mais l'interdépendance de sa protection avec celle de son enfant favorise une certaine porosité entre la protection de la minorité et l'autonomie dont il dispose en tant que parent. Les parents du parent-mineur peuvent ainsi intervenir indirectement dans l'exercice de ses droits et interférer dans la protection de son enfant. À l'inverse, l'autonomie obtenue par le mineur en accédant au statut de parent met à l'épreuve les limites de sa protection. La coexistence de ces deux statuts sur une même personne implique de rechercher un équilibre en fonction de l'implication dont fait preuve le parent-mineur dans l'exercice de sa fonction et de son aptitude à protéger les intérêts de son enfant. Ce point d'équilibre ne pourra être trouvé qu'en adaptant l'un de ces statuts au bénéfice de l'autre.

À ce jour, le statut de parent ne peut s'adapter qu'en cas de nécessité, lorsque la protection des intérêts de l'enfant par l'autorité parentale est compromise. L'aptitude et l'autonomie dont le parent fait preuve dans l'exercice de sa fonction le préserve de toute ingérence extérieure, tant que la protection de son enfant est assurée. Cette aptitude est présumée même confronté à un parent-mineur. Son statut de parent ne pourra donc être aménagé qu'à condition de renverser cette présomption en démontrant les failles existant dans la protection de son enfant. Lorsque la protection de l'enfant n'est pas complètement assurée, le parent-mineur pourra éventuellement être substitué dans tout ou partie des prérogatives qui lui ont été attribuées. Plus le parent-mineur rencontre de difficultés dans l'exercice de ses droits, plus son statut de parent fera l'objet d'aménagements. Plus ses droits parentaux seront aménagés, moins le parent-mineur disposera d'autonomie dans sa fonction, et moins il y aura d'intérêt à faire évoluer son statut de mineur. L'incapacité du parent-mineur dans l'exercice de son autorité parentale laisse présumer de son incapacité à exercer ses droits personnels, légitimant le maintien des droits de ses parents et celle de sa protection. Bien que la délégation-partage ait été créée pour permettre aux parents d'intégrer un tiers au fonctionnement de la protection de l'enfant pour l'épauler au besoin. Si ce dispositif pouvait présenter un intérêt pour le parent-mineur qui souhaiterait éventuellement que ses parents puissent assumer avec lui la protection de son enfant, la Cour de cassation l'a subordonné à la démonstration d'une défaillance dans la protection de l'enfant, écartant en principe toute utilisation à des fins d'organisation familiale. Lorsque le parent-mineur parvient à protéger son enfant, ses parents ou toute autre personne ne peuvent prétendre à des prérogatives susceptibles de venir concurrencer ses droits, leur aide demeurant de l'ordre du factuel ou s'inscrivant dans le cadre de la solidarité familiale. Pour autant, cela permet à nouveau de préserver son statut de parent de toute ingérence extérieure, ses parents ne pouvant en principe user de leur autorité pour obtenir des droits sur son enfant. Lorsque la

protection de l'enfant est assurée par son parent-mineur, c'est à son statut de mineur de s'adapter en fonction de l'autonomie dont il fait preuve dans l'exercice de son autorité parentale.

Si l'émancipation marque la fin de la protection du statut de mineur et aligne la situation personnelle du parent-mineur avec l'autonomie acquise avec son statut de parent, cette solution ne peut être généralisée en raison de ses conditions. Pour être émancipé, le mineur candidat doit préalablement démontrer l'autonomie acquise sur ses parents qui acceptent de renoncer aux droits qu'ils détiennent sur lui. Or, ces deux conditions se trouvent rarement réunies. Contrairement à l'émancipation, l'élaboration d'une véritable pré-majorité permet d'adapter la protection du parent-mineur à son statut de parent sans mettre fin à toute protection. Plus grande sera l'autonomie du parent plus étendue sera celle accordée au mineur et inversement. L'autonomie acquise par le parent-mineur pourra se répercuter sur sa situation juridique personnelle, évitant que sa protection n'interfère dans celle de son enfant en l'absence de toute nécessité. L'introduction d'un principe de proportionnalité dans la protection du parent-mineur serait un compromis susceptible de faire coexister ces deux statuts. Il s'agirait d'accorder au parent-mineur l'autonomie personnelle requise pour exercer sa fonction, sans le contraindre à renoncer à toute protection s'il venait par la suite à rencontrer de graves difficultés.

Conclusion de la Seconde Partie

784. La protection de l'enfant dépend ici d'un parent lui-même sous la protection de ses parents. Pourtant la minorité du parent ne constitue pas à elle-seule un danger pour l'enfant de nature à légitimer l'intervention de l'État dans l'organisation familiale. L'action éducative est une protection subsidiaire soumise à la démonstration d'une carence dans l'exercice de l'autorité parentale, les intérêts de l'enfant n'étant plus suffisamment préservés par ses parents. Elle poursuit un double objectif qui est d'assurer la continuité de la protection due au mineur tout en accompagnant ses parents quitte à les suppléer lorsque les circonstances l'exigent. L'intérêt étant à terme de restaurer l'exercice « normal » de l'autorité parentale en préservant autant que possible l'organisation familiale. Cet objectif assigné à la protection de l'enfance démontre l'importance de l'autonomie du parent dans l'exercice de son autorité parentale dont dépend la protection de l'enfant. Chaque fois que le parent-mineur est en difficulté dans sa fonction, l'État est dans un premier temps tenu de l'y aider. Ces aides pourront être mises en œuvre chaque fois que les intérêts du parent-mineur ne sont plus suffisamment préservés par ses parents.

Ce constat démontre une nouvelle fois le caractère paradoxal de la situation juridique des parent-mineur. En effet, si son autonomie personnelle demeure exceptionnelle en raison de sa minorité, elle devient un principe lorsqu'il s'agit d'exercer l'autorité parentale. Chaque fois que cette autonomie apparaît insuffisante face au danger auquel l'enfant est exposé l'État est tenu d'intervenir pour la restaurer via une action éducative. La protection de l'enfance est donc vouée à intervenir dans l'exercice d'un droit éminemment personnel conservé par le parent malgré ses défaillances. Cette spécificité des mesures éducatives les rapproche plus de l'« accompagnement » juridique que de l'assistance. Si ces deux notions impliquent une aide matérielle, financière ou morale, associée à un mécanisme de contrôle, « il est davantage question [...] de responsabiliser la personne dans une démarche dynamique, d'être à ses côtés en continu pour l'aider à trouver sa voie et à conserver intacte sa capacité de réflexion dans les difficultés qui l'atteignent : l'objectif est de l'aider à retrouver son autonomie ou à la préserver »¹. Cet « accompagnement » constitue la force, mais également la limite de la protection de l'enfance, car si elle accorde une protection minimale dans l'exercice d'un droit, dont la nature éminemment personnelle exclue toute assistance ou représentation, ce mécanisme ne permet pas de substituer le parent ou d'en modifier les droits durablement. Appliquée à la situation du parent-mineur, la protection de l'enfance ne fait que restaurer la situation familiale dans laquelle il évolue avec son enfant, car si le parent-mineur peut bénéficier de ce dispositif en cas de difficulté, il en va de même de ses parents. Si l'action éducative contribue à restaurer le statut de parent via l'accompagnement, elle conduit en parallèle à restaurer le statut de mineur en s'assurant de la continuité de sa protection. L'action éducative

¹ F. Petit, « Le droit à l'accompagnement », *DS* 2008, p. 413.

n'est pas destinée à faire évoluer la situation juridique du parent-mineur, mais conduit à maintenir le *statu quo* avec ses inconvénients. La coexistence du statut de parent avec celui de mineur sur une même personne ne peut se faire qu'à la condition que l'un de ces deux statuts puisse prendre durablement l'ascendant sur l'autre.

Il existe des dispositions destinées à aménager l'autorité parentale et la protection des mineurs. La tutelle, la délégation supplétive permettent de substituer le parent dans sa fonction et ainsi l'imiter son importance dans la protection de son enfant. Ces aménagements sont cependant exceptionnels, car soumis à une condition de nécessité, en raison d'un parent hors d'état d'exprimer une volonté personnelle, de son désintérêt pour sa fonction ou d'un comportement exposant son enfant à un danger. Dans ces situations, le parent-mineur pourra être substitué soit par un tiers chargé d'exercer tout ou partie des prérogatives relevant de l'autorité parentale qui lui ont été déléguées, soit par une tutelle. Ces dispositions conduisent à limiter l'autonomie conféré par l'exercice de l'autorité parentale au parent-mineur, dont l'aménagement de la minorité perdra de son intérêt. Moins le parent-mineur fera preuve d'autonomie dans l'exercice de son autorité parentale, moins il pourra prétendre à une plus grande autonomie dans ses droits simplement personnels ou patrimoniaux. Si la délégation partage pouvait constituer une sorte de pré-majorité parentale susceptible d'adapter cette fonction aux capacités réelles du parent-mineur et faciliter l'organisation familiale, le lien opéré par la Cour de cassation avec la délégation supplétive en a restreint l'intérêt. En l'état actuel, elle ne peut être accordée que dans les cas où il convient de substituer le parent dans sa fonction, si bien que le parent-mineur ne peut déléguer son autorité parentale afin d'être secondé dans la prise charge quotidienne de son enfant par ses parents, ou tout autre tiers.

Faute de nécessité pour aménager le statut de parent, il convient de proposer une évolution du statut de mineur. L'émancipation légale ou judiciaire permet de mettre fin à l'autorité parentale en accordant au mineur une autonomie personnelle en cohérence avec son statut de parent, mais son recours s'est considérablement réduit. Elle n'est accordée qu'à la demande des parents ce qui implique qu'ils acceptent de renoncer à l'autorité parentale qu'ils détiennent sur lui et sous réserve que le mineur a acquis une autonomie de fait suffisante. Dans ces conditions, il est important d'accorder une plus grande autonomie aux mineurs en fonction de l'évolution de leur situation personnelle, tout en maintenant leur protection. « Le droit français n'ignore pas ce genre de dynamique, mais les dispositions législatives sont dispersées, lacunaires et, parfois, incohérentes »¹. La situation des parents- mineurs est marquée par ce constat et plaide pour l'élaboration d'un régime de pré-majorité adaptée à leurs besoins. Cette pré-majorité pourrait assouplir suffisamment leur protection pour l'adapter à l'autonomie qu'ils détiennent en tant que parent, sans pour autant nier leur situation de dépendance. Les parents-mineurs

¹ F. Dekeuwer-Defossez, *Les droits de l'enfant*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 2018, p. 29.

seraient ainsi à même d'exercer personnellement les droits dont ils sont titulaires tout en continuant à bénéficier eux-mêmes d'une protection destinée à limiter les conséquences négatives de leurs décisions. Cette évolution, implique une prise en compte graduelle de la volonté du mineur destinée à aménager les droits de leurs parents. Les domaines de l'autorité décisionnelle et de la représentation légale pourraient être restreint aux décisions et aux actes présentant le plus de risques pour le parent-mineur et laisser place à une simple autorisation associé à un mécanisme d'assistance ou à l'avis et à l'accompagnement selon l'autonomie que l'on souhaite lui accorder dans l'exercice de ses droits. Le recours à la pré-majorité associée à une pré-capacité permet de répondre au besoin d'autonomie des mineurs qui accèdent au statut de parent, en consacrant un principe de proportionnalité de leur protection, qui jusqu'à présent est laissé à la discrétion de leurs seuls parents.

Conclusion Générale

785. La situation des mineurs qui accèdent au statut de parent est présentée comme étant un paradoxe juridique, où deux éléments contradictoires sont amenés à coexister. Ces mineurs qui accèdent à des responsabilités d'adulte ont des besoins sociaux, médicaux et juridiques bien spécifiques qui diffèrent de ceux de leurs pairs. Les études consacrées à ce phénomène privilégient les questions d'ordre médical et social, l'aspect juridique n'étant généralement que peu évoqué. Ces adolescentes sont présentées comme un problème auquel il convient de remédier, leurs grossesses et leurs maternités étant systématiquement présentées comme des événements non désirés, leur devenir étant rarement évoqué.

786. L'étude de l'accès du mineur au statut de parent a confirmé l'existence d'une catégorie spécifique de droits pour lesquels la volonté de leur titulaire même imparfaite ne peut être substituée. Ces droits qualifiés d'éminemment personnels composent la sphère de la plus stricte intimité des individus où chaque personne conserve une aptitude à l'autodétermination, et ce, quel que soit leur situation juridique personnelle. Ces droits trouvent leur intérêt, pour l'essentiel, au moment de la puberté, car ils confèrent au titulaire la maîtrise de ses aptitudes sexuelles et reproductrices et lui permettent également de se lier juridiquement à son enfant. Leur existence n'emporte aucune conséquence particulière pour une personne majeure, car leur exercice répond aux mêmes conditions que les autres droits de nature personnelle. Il en va différemment chaque fois que la personne bénéficie d'une protection en raison de sa vulnérabilité, car cela implique une articulation de ses droits avec sa protection. Que ce soit un mineur ou une personne majeure protégée, les droits de nature éminemment personnelle, en raison de l'exclusivité qu'ils confèrent à la volonté du titulaire, échappent aux mécanismes de protection impactant la volonté du protégé, si bien que l'exercice de ces droits ne peut donner lieu à représentation ou assistance. Il existe donc une gradation au sein des droits de nature personnelle avec d'une part les droits « simplement » personnels pour lesquels la volonté du protégé peut-être juridiquement substituée et d'autre part les droits éminemment personnels qui échappent à ces mécanismes. La personnalité juridique d'un mineur ne peut donc être totalement occultée par sa protection, ce qui lui permet d'accéder personnellement au statut de parent.

787. L'étude des droits éminemment personnels du mineur et leur articulation avec l'autorité parentale nous amène à proposer une lecture nouvelle de la théorie de la représentation à la lumière de l'autorité attribuée aux parents sur leur enfant. Cet éclairage conduit à présenter différemment le fonctionnement de l'autorité parentale. L'attribution du statut de parent est conditionnée à l'exercice de droits qui accordent au mineur une faculté d'autodétermination. Le statut de mineur fait présumer l'incapacité de ces personnes à discerner et à préserver leurs intérêts, ce qui les place sous la dépendance

de leurs parents qui exercent sur eux l'autorité parentale. Ce droit repose sur deux mécanismes juridiques complémentaires : l'autorité décisionnelle et la représentation légale. L'autorité permet de compenser l'immatunité de l'enfant, ses parents étant en droit et dans l'obligation de prendre toutes les décisions le concernant, faisant d'eux les premiers interprètes et les premiers protecteurs de ses intérêts. La volonté du mineur est ainsi occultée par celle de ses parents et sa portée limitée à celle d'un avis dont le recueil est laissé à la discrétion de ses protecteurs. Toutes les décisions concernant sa personne comme son patrimoine sont soumises à la seule volonté de ses parents. À cette présomption d'immatunité s'ajoute une incapacité juridique de portée générale compensée par la représentation légale, le mineur devant être représenté par ses parents dans tous les actes de sa vie civile comme dans toutes les actions juridiques dans lesquelles il serait partie. Cette présomption d'immatunité associée à une incapacité juridique fait que l'enfant mineur ne peut exercer personnellement ses droits, la gouvernance de sa personne et la gestion de son patrimoine étant assurées dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale. La personnalité juridique de l'enfant est, durant le temps de sa minorité, occultée par celle de ses parents dans son intérêt. Si cette présentation est valable à l'égard des droits simplement personnels du mineur, elle trouve sa limite face aux droits dont la nature est éminemment personnelle, l'autonomie prenant le pas sur la protection.

788. L'exercice de droits éminemment personnels du mineur échappe à l'autorité parentale. Leur caractère éminemment personnel conduit à attribuer à la volonté du titulaire de ces droits une exclusivité, si bien que leur exercice ne peut donner lieu à représentation ou assistance. Si cette catégorie de droits échappe à l'autorité parentale, il convient d'accorder au mineur une autonomie juridique afin d'éviter qu'il ne se heurte pas à une incapacité de jouissance. L'exercice de ces droits implique donc de compenser les effets de la minorité et de sa dépendance à ses parents. La présomption d'immatunité est écartée pour laisser place à une présomption simple de discernement assortie d'un droit permettant au mineur de bénéficier d'une information personnelle suffisante pour qu'il puisse décider de manière libre et éclairée. Cette autonomie décisionnelle doit également s'accompagner d'une capacité juridique exceptionnelle pour lui permettre de réaliser tous les actes juridiques liés à l'exercice de ce droit. Si l'assistance a été prévue pour maintenir une protection minimale, ce mécanisme est écarté chaque fois que les parents tentent de s'opposer à la décision de leur enfant en refusant de l'assister. Ce constat a permis de démontrer que l'assistance s'accompagne d'un mécanisme décisionnel qui soumet les choix du protégé à l'autorisation de ses protecteurs. Or, dans le cadre des droits éminemment personnels, la portée de la volonté parentale ne peut excéder celle d'un avis, si bien qu'en cas de divergence la volonté du mineur l'emporte sur celle de ses parents. Enfin, lorsque l'acte juridique est de nature onéreuse, la dépendance économique dans laquelle se trouve le mineur doit être compensée soit par l'attribution d'aides financières, soit le cas échéant par sa gratuité. La nature éminemment personnelle du droit confère au mineur une sphère d'autonomie personnelle gagnée sur l'autorité parentale de ses parents.

789. La nature spécifique des droits conditionnant l'attribution du statut de parent permet de mieux appréhender la nature même de l'autorité parentale qui en découle. En se liant juridiquement à son enfant, le mineur accède au statut de parent comprenant un ensemble de droits et d'obligations qui en tant qu'attribut de la filiation bénéficient aussi d'une nature éminemment personnelle. L'entretien et l'éducation de l'enfant reposent en premier lieu sur ses parents quel que soit leur situation juridique personnelle, l'autorité parentale devant leur permettre d'exécuter ces obligations. La minorité du parent ne fait pas obstacle ni à l'attribution ni à l'exercice de ce droit. L'autorité parentale est non seulement un droit personnel du parent mais aussi une obligation. Les parents sont tenus de gouverner la personne de leur enfant et d'administrer ses biens dans son intérêt. Ces deux aspects de l'autorité parentale reposent sur les mêmes mécanismes juridiques que sont l'autorité et la représentation légale. Le parent-mineur sera tenu de prendre toutes les décisions concernant son enfant, car sa protection comme son éducation en dépendent. En tant que parent, les décisions du parent-mineur bénéficient d'une présomption de conformité aux intérêts de son enfant, ainsi qu'une capacité parentale lui permettant de le représenter dans tous les actes de sa vie civile. L'autorité parentale ne peut donc être exercée par représentation ou assistance, car son exercice repose sur la volonté exclusive de ses titulaires, à savoir les père et mère de l'enfant. L'autorité parentale du parent-mineur échappe par nature à l'autorité parentale dont il continue à être lui-même l'objet.

790. Cette situation contribue à créer une famille atypique où deux organisations familiales coexistent, chacun des parents ayant vocation à exercer l'autorité parentale sur leur enfant respectif. Le paradoxe de la situation juridique du parent-mineur s'explique par la juxtaposition de ces deux statuts sur une seule et même personne sans que leur coexistence n'ait été prévue. En tant que mineur, le parent continue de bénéficier de la protection découlant de sa minorité avec une incapacité générale d'exercice concernant les droits simplement personnels et patrimoniaux. En tant que parent, le mineur bénéficie d'une autonomie juridique liée à ce statut qui lui permet de décider et d'agir pour préserver les intérêts de son enfant en dépit de sa situation personnelle. La comparaison entre le parent majeur protégé et le parent-mineur réalisée par la doctrine pour leur refuser l'administration du patrimoine de leur enfant trouve ici sa limite. Si un tel refus s'explique à l'égard du parent majeur protégé, c'est parce qu'il s'agit d'une personne en perte d'autonomie dont l'altération des facultés a été préalablement démontrée. Ce raisonnement ne peut être valablement transposé à l'égard d'un parent-mineur dont l'immatunité du discernement n'est que présumée et dont la protection à vocation à s'effacer une fois autonome. L'inaptitude du parent à sa fonction ne peut se présumer de sa seule minorité qui repose sur une simple présomption de vulnérabilité. L'absence d'incidence du statut de parent sur le statut de mineur contribue à l'interdépendance de la protection de l'enfant avec celle de son parent. Lorsque le parent-mineur peine à assumer l'entretien de son enfant, cette difficulté peut être compensée dans le cadre de la solidarité familiale, car si ses parents demeurent débiteurs à son égard d'une obligation

d'entretien, en tant que grands-parents, ils sont également tenus à une obligation alimentaire subsidiaire au bénéfice de leur petit-enfant, obligation qu'ils exécuteront au quotidien, la résidence du parent-mineur comme celle de son enfant étant toutes deux fixées à leur domicile. Cette situation crée une organisation familiale complexe tiraillée entre une conception civiliste fondée sur le lien de filiation et une conception sociale reposant sur la charge effective de l'enfant. Face à la situation des parent-mineur, ces deux visions en principe complémentaires peuvent entrer en concurrence. Si le droit civil confie par principe l'enfant à ses parents par l'effet de la filiation, le droit social privilégie l'effectivité de cette charge. Si les parents ne peuvent exercer les droits civils attribués au parent-mineur sur son enfant faute d'un lien de filiation adéquat, ils pourront toutefois revendiquer les droits sociaux auquel l'enfant ouvre droit s'ils en assument la charge effective, renforçant ainsi la dépendance dans laquelle se trouve le parent-mineur et l'interdépendance de sa protection avec celle de son enfant.

791. Si les difficultés rencontrées par le parent-mineur dans l'exécution des obligations mises à sa charge peuvent être compensées par l'action de ses propres parents, ces derniers n'ont pas vocation à interférer dans l'exercice de son autorité parentale en raison de sa nature éminemment personnelle. En dépit de cette nature particulière, la situation de dépendance dans laquelle se trouve l'enfant implique de compenser les carences constatées dans l'exercice de l'autorité parentale confronté à un danger. Ce rôle subsidiaire revient à la protection de l'enfance qui doit veiller à la continuité de la protection de l'enfant tout restaurant en parallèle l'exercice normal de l'autorité parentale. L'existence de la protection de l'enfance démontre qu'il est possible d'intervenir sur l'exercice d'un droit de nature éminemment personnel tel que l'autorité parentale sans pour autant recourir à la représentation ou à l'assistance et instaurer une protection juridique minimale destinée à pallier la vulnérabilité de ses titulaires. Les mesures éducatives permettent d'accompagner le parent dans l'exercice de ses droits, tout en veillant à la conformité de ses actions avec l'intérêt de son enfant. L'objectif est ici de restaurer l'autonomie du parent dans l'exercice de son autorité parentale et ainsi rétablir la protection primaire de l'enfant. Si la minorité du parent ne constitue pas à elle seule un danger pour l'enfant, les difficultés rencontrées par le parent-mineur dans l'exercice de son autorité parentale peuvent légitimer la mise en œuvre d'une mesure éducative chaque fois qu'il ne parviendra pas à préserver son enfant d'un danger. Il pourra ainsi bénéficier d'un accompagnement adapté pour qu'il devienne à terme autonome dans l'exercice de son autorité parentale. Cependant, la protection de l'enfance ne peut faire évoluer son statut, car les parents du parent-mineur peuvent également bénéficier de mesures éducatives destinées à restaurer leur fonction et avec elle la protection du parent-mineur. Appliquée strictement, la protection de l'enfance contribue à restaurer ces deux statuts avec toutes les difficultés résultant de leur coexistence sur une même personne juridique. Pour autant, il est possible d'aménager ces différents statuts en tenant compte de l'aptitude et de l'implication dont le parent-mineur fait preuve dans sa fonction. Si l'autonomie

personnelle demeure exceptionnelle en tant que mineur, elle devient un principe lorsqu'il exerce l'autorité parentale sur son enfant, l'un de ces statuts a donc vocation à prendre l'ascendant sur l'autre.

792. En l'état actuel du droit, l'étude des aménagements du statut de parent comme ceux destinés à aménager le statut de mineur démontre qu'ils sont soumis à un principe de stricte nécessité. La tutelle a vocation à se substituer à l'autorité parentale faute de parent à même de l'exercer. L'ouverture d'une tutelle complète, comprenant non seulement la gouvernance de la personne de l'enfant mais également la gestion de ses biens, est soumise à la perte ou au retrait de l'autorité parentale par le parent-mineur. La perte de l'autorité parentale implique qu'il soit hors d'état de manifester sa volonté, cet état devant intervenir ultérieurement à l'attribution du statut de parent. Dans le cas contraire, le mineur n'aurait pas été apte à exercer ses droits en l'absence d'une volonté suffisante, le plaçant ainsi face à une incapacité de jouissance, ses droits ne pouvant être exercé ni par représentation, ni par assistance. Le retrait implique quant à lui un comportement d'une gravité suffisante pour justifier que le parent-mineur soit écarté de la protection de son enfant. L'ouverture d'une tutelle complète n'est envisageable qu'à titre exceptionnel et ne peut constituer une réponse à la seule minorité du parent. En cas de difficultés constatées dans l'administration des biens de l'enfant par son parent-mineur, sa gestion pourra être placée sous contrôle judiciaire, ou lorsqu'elles sont d'une telle gravité que l'ouverture d'une tutelle limitée aux biens pourra être mise en œuvre. Cette tutelle aura pour objet de se substituer à l'administration légale, le parent-mineur pouvant toutefois y être associé. Une délégation judiciaire de l'autorité parentale peut également être prévue, permettant de confier tout ou partie des prérogatives du parent-mineur à un tiers chargé de les exercer. Pour autant, cette délégation implique à nouveau la démonstration d'une nécessité. Celle-ci résulte soit de la gravité du comportement du parent pour la délégation imposée, soit de l'impossibilité pour le parent d'exercer l'autorité parentale pour ce qui est de la délégation volontaire ou de la délégation partage. L'intégration d'un tiers à l'exercice normal de l'autorité parentale n'est pas possible lorsque le parent assume sa fonction, sauf à détacher la délégation partage de la délégation volontaire. Son utilisation dans un but d'organisation familiale permettrait au parent-mineur d'intégrer son propre parent ou tout autre tiers dans la protection de son enfant. Le parent-mineur ne pourra être présenté comme un mineur-parent qu'à la condition qu'il soit démontré son inaptitude à assumer pleinement son rôle de parent. À ce jour, le recours à la parentalité du tiers n'est admis qu'afin de pallier les difficultés observées dans l'exercice de l'autorité parentale par les parents de l'enfant, les parents du parent-mineur n'ont pas vocation à se substituer à lui dans les droits qu'il exerce sur son enfant et demeurent cantonnés à leur rôle de grands-parents. Tant que le parent-mineur parvient à préserver les intérêts de son enfant, il n'y a pas lieu de modifier son statut de parent. Compte tenu de l'autonomie acquise par l'exercice de l'autorité parentale, il convient de mettre en cohérence son statut de mineur.

793. L'articulation du statut de parent avec celui de mineur était par le passé obtenu par l'émancipation résultant de son mariage, or « la chaîne traditionnelle qui liait mariage-filiation-autorité a cédé, dans son premier maillon, en ce sens où le mariage n'est plus le passage obligé pour établir une filiation et bénéficier du statut qui lui est attaché »¹. Les questions liées au statut juridique des parents-mineurs sont de ce fait relativement récentes et coïncident avec les renforcements des conditions de l'émancipation légale ou judiciaire des mineurs. Si la situation spécifique du parent-mineur permet de légitimer son émancipation, encore faut-il qu'il démontre une maturité suffisante et que ses parents acceptent de renoncer à l'autorité parentale qu'ils détiennent. Ces conditions sont en pratique rarement réunies. L'automatisme de l'émancipation du parent-mineur présente un certain nombre de difficultés, car il convient de s'interroger sur son point de départ : doit-elle coïncider avec l'attribution du statut de parent ou prendre effet dès la conception de l'enfant afin de répondre au besoin d'autonomie du futur parent ? De plus, si l'émancipation permet de consacrer juridiquement la situation d'un parent-mineur disposant déjà d'une autonomie factuelle acquise sur l'autorité de ses parents, elle ne peut être généralisée, car elle a pour effet de mettre fin à l'autorité parentale et à la protection d'un parent qui demeure potentiellement vulnérable et dépendant. Pour cette raison, il convient de proposer la mise en œuvre d'une pré-majorité susceptible de concilier la protection du parent-mineur avec son besoin d'autonomie personnelle. Le caractère proportionné et évolutif de la protection des mineurs implique de faire appel à des mécanismes juridiques abordés dans le cadre de notre étude. Ces mécanismes introduisent une gradation dans la volonté du mineur et favorisent son autonomie dans l'exercice de ses droits, sans pour autant renoncer à toute forme de protection. L'autorité et la représentation légale pourrait ainsi laisser progressivement place à l'autorisation et à l'assistance pour les décisions et les actes juridiques affectant gravement l'avenir ou le patrimoine du parent-mineur et ainsi préserver ses intérêts. Concernant, les décisions et les actes usuels de la vie quotidienne, la volonté des parents pourrait devenir un avis, leur rôle se limitant par ailleurs à accompagner le parent-mineur pour veiller à ce qu'il puisse bénéficier de la même autonomie dans ses droits que celle dont il dispose dans l'exercice de son autorité parentale, en respectant ainsi la place dévolue à chacun dans une organisation familiale complexe. L'introduction d'un principe de proportionnalité dans le fonctionnement de la protection des mineurs permettrait de rappeler qu'elle ne repose que sur une présomption d'imaturité, qu'elle est chargée d'accompagner le mineur dans sa quête d'autonomie en le protégeant des conséquences de ses décisions et non à le brimer.

¹ F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *La famille, op. cit.*, n° 906, p. 928.

794. Le choix du terme de parent-mineur a contribué à retranscrire le plus fidèlement possible les enjeux juridiques spécifiques rencontrés par ces mineurs qui accèdent au statut de parent, dépassant l'approche socio-médicale du phénomène focalisé sur des enjeux liés à l'adolescence. Le terme de « parent-mineur » introduit l'idée d'un bouleversement de la situation juridique de ces mineurs, mettant en lumière sa spécificité ainsi que son caractère paradoxal, en renforçant le sentiment d'antagonisme existant entre ces deux termes. Le trait d'union que nous avons délibérément choisi d'ajouter pour symboliser la confrontation et l'éventuelle imbrication de ces deux statuts juridiques a démontré sa pertinence. Ce signe de ponctuation a permis de relier deux éléments qui jusqu'à présent conservent chacun leur autonomie, mais qui au terme de cette réflexion sont destinés à ne former qu'une seule entité non plus seulement linguistique, mais également juridique.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS, MANUELS ET COURS

AUBRY (CH.-A.), RAU (A.)

- *Droit civil*, t. IX, Librairies techniques, 1953.
- *Cours de droit civil français : t. 1*, par A. Ponsard, Librairies techniques, 7^{ème} éd., 1964.

ATIAS (C.), *Les personnes, les incapacités*, éd. PUF, coll. Droit fondamental, 1985.

AZARD (P.), BISSON (A.-F.), *Droit civil québécois*, t. I, éd. de l'Université d'Ottawa, 1971.

BATTEUR (A.), *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2019.

BELLIVIER (F.), *Droit des personnes*, LGDJ, 2015.

BÉNABENT (A.),

- *Droit de la famille*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2018.
- *Droit des obligations*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2018.

BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2014.

BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, éd. Montchrestien, 9^{ème} éd., 2015.

CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006.

CARBONNIER (J.)

- *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^{ème} éd., 1998.
- *Les personnes*, *Droit civil*, t. 1, éd. PUF, coll. Thémis droit privé, 23^{ème} éd., 2000.
- *La famille*, coll Thémis, éd. PUF, 21^{ème} éd., 2003.
- *Droit civil Introduction Les personnes La famille, l'enfant, le couple*, t 1, éd. PUF, coll. Quadrige manuels, 2^{ème} éd., janvier 2017.

CARYOL (N.), *Procédure civile*, Dalloz, 2^{ème} éd., septembre 2019.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, Librairie Dalloz, 11^{ème} éd., 1947.

CORNU (G.),

- *Droit civil, La famille*, éd. Domat-Montchrestien, 4^{ème} éd., 1994.
- *Vocabulaire Juridique H. Capitant*, éd. PUF, coll. Quadrige, 10^{ème} éd., 2014.

COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), *Droit de la famille*, éd. Sirey Université, 7^{ème} éd., 2017.

DELEURY (É.), GOUBAU (D.), *Le droit des personnes physiques*, éd. Yvon Blais, 4^{ème} éd., 2008.

FABRE-MAGAN (M.), *Droit des obligations, t. 2 : Responsabilité civile et quasi-contrats*, éd. PUF, 4^{ème} éd., 2019.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2019.

FENOUILLET (D.), *Droit de la famille*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2019.

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 34^{ème} éd., 2018.

HÉRON (J.), *Droit judiciaire privé*, par T. Le Bars, éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 6^{ème} éd., 2015.

LAUDE (A.), MATHIEU (B.), TABUTEAU (D.), *Droit de la santé*, éd. PUF, coll. Thémis droit, 3^{ème} éd., 2012.

LHULLIER (J.-M.), *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, éd. Presses EHESP, 5^{ème} éd., 2015.

MALAUURIE (P.), *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2017.

MALAUURIE (P.), FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018.

PLANIOU (M.), RIPERT (G.),

- *Traité pratique de droit civil français, t. 1*, par R. Savatier, LGDJ, 2^{ème} éd., 1952.
- *Traité pratique de droit civil français, t. II, La famille*, par A. Rouast, LGDJ, 1952.

RENAUD (M. H.), *Histoire du droit de la famille*, éd. Ellipses, coll. Mise au point, 2^{ème} éd., 2012.

RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil de M. Planiou*, t. I, LGDJ, 1942.

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2012.

TERRÉ (F.), FENOUILLET (D.),

- *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1996.
- *La famille*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2011.
- *Droit civil, Les personnes, Personnalité, incapacité, protection*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2012

TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), *La famille*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018.

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2007.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013.

TEYSSIE (B.), *Droit des personnes*, LexisNexis, 20^{ème} éd., 2018.

VIOLLET (P.), *Précis de l'histoire du Droit français*, 2^{ème} éd., 1893. [reproduction BNF]

II- OUVRAGES SPÉCIAUX

A- MONOGRAPHIE ET THÈSE

ANATRELLA (T.), *Interminables adolescences. La psychologie des 12/30 ans*, éd. Cerf/Cujas, 2001.

ARENDT (H.), *La crise de la culture*, éd. Galimard, 1972.

ARIÈS (P.), *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, éd. Seuil, coll. Point, 1973.

BALIVET (B.), *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, thèse Lyon III, 2004.

BÉTAILLOLE-GONTIER (F.), *La capacité naturelle*, thèse dactyl., Bordeaux IV, 1999.

BLONDY (P.), MORIN (G.), *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Defrénois, 4^{ème} éd., 1983.

BOULANGER (F.), *Autorité parentale et intérêt de l'enfant – Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, éd. Edilivre AParis, coll. Coup de cœur, 2008.

BOUTON (J.), *L'obligation de soigner*, thèse dactyl., Strasbourg, 1990.

BRES (C.), *Le droit à l'accompagnement*, thèse dactyl., Avignon, 2015.

BRUEL (A.), *Entre innocence & malice*, Revue de l'association française des magistrats de la jeunesse et de la famille, hors-série n°1.

CHATONEY (B.), VAN DER BORGH (F.), *Protéger l'enfant avec ses deux parents, le centre parental, une autre voie pour réussir la prévention précoce*, Editions de l'atelier, septembre 2010.

CHAUVIGNY DE BLOT (H.), *De l'administration légale, étude comparée de la loi du 6 avril 1910 et de la législation antérieure*, thèse Paris, 1912.

DA SILVA (V.), *De l'incapacité à la protection en matière personnelle. Evolution et perspectives*, thèse dactyl. Paris I, 2010.

DE SAINT-EXUPÉRY (A.), *Le Petit Prince*, éd. Gallimard, 1996.

DEBET (A.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse, Paris II, Dalloz, 2002.

DESCHAMPS (J.-P.), *Grossesse et maternité chez l'adolescente*, éd. Centurion, 1976.

DELAPORTE-CARRÉ (C.), *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, préf. D. Gutmann, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2008.

DELFOSE-CICILE (M.-L.), *Le lien parental*, préf. F. Terré, éd. Panthéon Assas, 2003.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Les droits de l'enfant*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 2018.

DEMOLOMBE (C.), *Traité de la minorité*, t. 2, éd. Auguste Durand, 2^{ème} éd., 1866.

DERRIDA (F.), *L'obligation d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants*, thèse dactyl., Alger, 1947.

DESROSIÈRES (A.), *Gouverner par les nombres : l'argument statistique*, éd. Presses de l'École des Mines, 2008.

DONZELOT (J.), *La police des familles*, éd. de Minuit, 1977.

DUPONT (M.), **RAY-SALMON (C.)**, *L'enfant & l'adolescent à l'hôpital*, éd. presse de l'EHESP, 2014.

DURRY (G.), **GOBERT (M.)**, *La réforme de la tutelle et de l'administration légale à l'épreuve du temps*, éd. PUF, coll. Jean Foyer, 1997.

DUVAL-ARNOULD (D.), *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 238, 1994.

FAVIER (Y.), *Le patrimoine de l'enfant en droit français et en droit espagnol*, thèse dactyl., Lyon 3, 2000.

FAVRE-LANFRAY (G.), *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, thèse dactyl., Grenoble 2, 2000.

FEMENIA (L. A.), *La volonté des incapables*, thèse dactyl., Toulouse, 2000.

FERRAND (J.), *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire... Le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle (1789-1889)*, thèse dactyl., Grenoble II, 2000.

FRANCOZ-TERMINAL (L.), *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, éd. Stämpfli, 2008.

GABRIEL (A.), *La personne de confiance de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades*, PU Aix-Marseille, 2004.

GARÉ (T.), *Les grands-parents dans le droit de la famille*, thèse dactyl., Lyon 3, 1988.

GAREIL (L.), *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 413, 2004.

GAUDEMET (J.), *Le mariage en Occident*, éd. Cerf, 1997.

GAUTIER (A.), *Genre et biopolitique - L'enjeu de la liberté*, éd. L'Harmattan, 2012.

GILLET (M.), *De l'administration légale des biens des enfants mineurs*, thèse Caen, 1912.

GAUDEMET (J.), *Le mariage en Occident*, éd. Cerf, 1997.

GIRAUDOUX (J.), *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, éd. GF Flammarion, 2015.

GOUTTENOIRE (A.), *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse dactyl., Lyon III, 1994.

GRANET (F.), *La législation relative à la responsabilité parentale au Royaume-Uni*, éd. Centre de droit privé fondamental, 2002.

GUILLERMOT TREFFAINGUY (V.), *La protection de l'enfant contre ses parents (1804-1958)*, thèse dactyl., Bordeaux, 2017.

- HOBBS (T.),** *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, traduction par G. Mairet, éd. Gallimard, coll. Folio essais, 2000.
- LE VAN (C.),** *Les grossesses à l'adolescence. Normes sociales, réalités vécues*, éd. L'Harmattan, 1998.
- LEGUY (Y.),** *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse dactyl., Rennes, 1973.
- LEPRINCE (C.),** *L'assistance dans l'élaboration d'un acte juridique*, thèse dactyl., Rennes 1, 2014.
- LOCKE (J.),** *Traiter du gouvernement civil*, éd. GF Flammarion, 2^{ème} éd., 1992.
- MARCELA (I.),** *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, éd. Fayard, coll. Histoire de la pensée, 2004.
- MEYER (Ph.),** *L'enfant et la raison d'État*, éd. Seuil, 1977.
- NEIRINCK (C.),** *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1984.
- NERSON (R.),** *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse dactyl., Lyon, 1939.
- OLLIER (P.-D.),** *La responsabilité civile des pères et mères*, LGDJ, préf. J. Carbonnier, 1961.
- PÉLISSIER (T.),** *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, thèse dactyl., Lyon, 1961.
- PÉTÉREAU-MAHRACH (V.),** *Le discernement du mineur : étude droit civil et pénal*, thèse dactyl., Poitiers, 2004.
- PÉTREL (L.),** *L'administration légale du père*, thèse Paris, 1911.
- PLATON,** *La République*, trad. G. Leroux, éd. GF Flammarion, 2002.
- PLAZY (J.-M.),** *La personne de l'incapable*, thèse dactyl., Bordeaux, 1998.
- POIRRET (J.),** *La représentation légale du mineur sous autorité parentale », thèse dactyl., Paris est, 2011.*
- POROT (M.),** *L'enfant et les relations familiales*, éd. PUF, coll. Paideia, 2^{ème} éd., 1959.
- PORTEFAIX (P.),** *Le parent vulnérable*, thèse dactyl. Lyon 3, 2006.
- PY (B.),** *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse dactyl., Nancy, 1993.
- QUENNESSON (C.),** *Mineur et Secret*, thèse dactyl., Bordeaux, 2017.
- RAISON (A.),** *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, éd. Librairie du journal des notaires et des avocats, 4^{ème} éd., 1989.
- RAYMOND (G.),** *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, éd. Litec, 5^{ème} éd., 2006.
- REBOURG (M.),** *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, thèse Lyon 3, 1996, Defrénois, 2002.
- RENUCCI (J.-F.),** *Minorité et procédure*, thèse dactyl., Nice, 1985.

ROUSSEAU (J.-J.) *Émile ou de l'éducation*, réédition, éd. Gallimard, coll. Folio essais, 1969.

ROUSSEL (L.), *La famille incertaine*, éd. O. Jacob, coll. Opus, 1999.

ROUSSET (G.), *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, éd. Les Études hospitalières, coll. Thèses, 2009.

ROZSENCZVEIG (J.-P.),

- *Le dispositif français de protection de l'enfance*, éd. Jeunesse et droit, coll. Nouvelle édition, n°2124 bis, 2005.
- *La justice et les enfants*, Dalloz, 2013.

SAUPHANOR (N.), *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000.

STORCK (V. M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982.

THUILLIER (B.), *L'autorisation : étude en droit privé*, LGDJ, 1996.

TRAORÉ (S.), *L'usager du service public*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2012.

TRUCHET (D.), *Droit de la santé publique*, Dalloz, coll. mémento, 9^{ème} éd., 2016.

VAUVILLÉ (F.), *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, thèse dactyl. Lille, 1991.

VASSEUR-LAMBY (F.), *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. L'Harmattan, 2000.

VERHELLEN (E.), *La Convention relative aux droits de l'enfant : contexte, motifs, stratégies, grandes lignes*, éd. Garant, 1999.

VOLTAIRE, *L'Ingénu*, éd. GF. Flammarion, 2014.

WAQUET (P.), *La protection de l'enfance*, thèse Rennes, Dalloz, Imprimeries réunies, 1942.

YOUF (D.)

- *L'enfant doit-il être tenu pour responsable de ses actes ?*, éd. Cités, vol. 6, n°2, 2001.
- *Penser les droits de l'enfant*, éd. PUF, coll. Question éthiques, 1^{ère} éd., 2002.

ZOUAG (S.), *L'accompagnement dans la protection juridique des majeurs : une notion en devenir*, thèse dactyl., Lyon 3, 2015.

B- OUVRAGES COLLECTIFS

Adolescent et acte médical, regard croisés, FEUILLET-LIGER (B.) et IDA (R.) (dir.), éd. Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société, 2011.

Commentaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Article 24 relatif aux droits de l'enfant, F. PICOD et F. BURGORGUE-LARSEN (dir.), éd. Bruylant, 2005.

Dictionnaire de l'adolescence et de la jeunesse, LEBRETON (D.), MARCELLI (D.) (dir.), éd. PUF, 1^{ère} éd., octobre 2010.

Droit de la famille, MURAT (P.), Dalloz, coll. Dalloz action, 2016.

Droit des personnes et de la famille, DEUKEUWER-DEFOSSEZ (F.) (dir.), éd. Lamy, coll. Ouvrage collectif, 2016.

Guide de la protection judiciaire de l'enfance, HUYETTE (M.) (dir.), mis à jour 15 sep. 2015, consultable à l'adresse suivante : <http://www.huyette.net/2014/04/guide-de-la-protection-judiciaire-de-l-enfant-en-telechargement-libre.html>.

L'autorité parentale et ses juges, ALBIÈGES (C.) (dir.), éd. Litec, coll. Carré droit, 2014.

L'enfant, la famille et l'argent, DEUKEUWER-DEFOSSEZ (F.) (dir.), LGDJ, 1991.

L'inflation des avis en droit, REVET (Th.) (dir.), éd. Economica, coll. Études juridiques, 1998.

La condition juridique du mineur, LEMOULAND (J.-J.) (dir.), éd. Litec, 2003.

La famille que je veux, quand je veux ? C. NEIRINCK (dir.), éd. Erès, 2003.

La philosophie de A à Z, CLEMENT (E.), DOMINIQUE (C.), HANSEN-LØVE (L.), KAHAN (P.), éd. Hatier, avril 2000.

La réforme de la protection de l'enfance, P. NAVES (dir.), éd. Dunod, 2007.

Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme, F. SUDRE (dir.), éd. Bruylant, 2002.

Le patrimoine de la personne protégée, J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), LexisNexis, 2015.

Le placement des enfants, ATTIAS (D.), L. KHAÏAT (dir.), éd. Érés, 2014.

Les Comportements de santé des jeunes, Analyses du Baromètre santé 2010, F. BECK, J.-B. RICHARD (dir.), éd. Inpes, coll. Baromètres santé, 2013.

Les événements fondateurs – Les lois Veil, contraception 1974, IVG 1975, PAVARD (B.), ROCHEFORT (F.), ZANCARINI-FOURNEL (M.), éd. Armand Colin, 2012.

Les lois Veil. Contraception 1974, IVG 1975, PAVARD (B.), ROCHEFORT (F.), ZANCARINI-FOURNEL (M.), éd. Armand Colin, 2012.

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, CAPITANT (H.), TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.), t.1, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015.

Les grands-parents et leurs descendants : quelles relations juridiques ? MOISDON-CHATAIGNER (S.) (dir.), Préf. F. Terré, éd. Litec, coll. Colloques et débats, 2009.

Les personnes vulnérables : 102e Congrès des notaires de France, KLEIN (J.), GEMINGNANI (F.) (dir.), Strasbourg, 21-24 mai 2006.

Lien familial, lien social, DELAGE (M.), PEDROT (Ph.) (dir.), PU Grenoble, 2003.

Nouveau droit des majeurs protégés, G. RAOUL-CORMEIL (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012.

Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir.), éd. Bruylant, 2013.

III- ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS ET ETUDES

ANATRELLA (T.), « Les "Aduléscentés" », *Étude*, 2003/7-8, tome 399, pp. 37-47.

A.-R. (V.), « Pécule des jeunes majeurs sortant de l'ASE », *AJ. fam.* 2016, p. 511.

AGOSTINELLI (X.), « Lorsque l'enfant paraît... La protection civile de l'image des enfants mineurs », *LEGICOM* 2007/1 (N° 37), pp. 13-21.

AGOSTINI (F.), « Compétence », in *Rep. pén.*, Dalloz, février 2015, (actualisation février 2017).

ALFRANDARI (E.), « Réforme de la protection de l'enfance. Du droit aux pratiques », *RDSS* 2007, p. 1135.

ALLAER (C.), « L'enfant oublié », *JCP* 1975, I, p. 2735.

ALLAIX (M.), « L'évolution de la notion de défense en assistance éducative », *JDJ*, n° 210, décembre 2001, pp. 8-15.

ALT-MAES (F.), « Le discernement et la parole du mineur en justice », *JCP G*, 1996, I, p. 3913.

ALVIN (P.), « La grossesse chez l'adolescente », *La gazette médicale*, 1995, pp. 23-28.

ALVIN (P.), **COURTECUISSÉ (V.)**, « Médecine des adolescents : connaissance et perspectives », *Archives française de pédiatrie*, 1991 (48), pp. 459-464.

AMAR (É.), **BORDERIES (F.)**, « Les services de PMI : plus de 5 000 points fixes de consultations en 2012 », *DRESS, Études et Résultats*, n°913, avril 2015.

AMIEL (C.), **GARAPON (A.)**, « Justice imposée et justice négociée dans le Droit français de l'enfance », *Rev. Actes*, n°56, automne 1986, p. 18.

AMROUS (N.), « 341 000 mesures d'aide sociale à l'enfance en cours fin 2017 », *Études et Résultats*, Drees, n°1090, octobre 2018 ; *AJ. fam.* 2018, p. 566.

ANTIPPAS (J.), « Propos dissidents sur les droits dit "patrimoniaux" de la personnalité », *RTD com.* 2012, p. 35.

ARHAB-GIRARDIN (F.), « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009, p. 875.

ARIÈS (P.), « Les classes d'âge dans les sociétés modernes occidentales ? », in *Les âges de la vie : actes du 7ème colloque national de démographie.*, INED-CNRS, 1983.

AUBRY (C.), **DESCHAMPS (J.-P.)**, **SCHWEITZER (M.)**, « Désir d'enfant et grossesse dans l'adolescence », *Archives françaises de pédiatrie*, 1988, pp. 845-848.

AVENA-ROBARDET (V.),

- « Statut du beau-parent », *AJ. fam.* 2009, p. 187.
- « Les beaux-parents aux oubliettes ? », *AJ. fam.* 2009, p. 415.

AVENA-ROBARDET (V.), (suite)

- « Vers une réforme de l'abandon judiciaire de l'enfant ? » *AJ. fam.* 2011, p. 123.

BAILLON-WIRTZ (N.), « L'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance - Présentation de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JCP N* 2005, I, n°1491.

BAJOS (N.), FERRAND (M.) (dir.), « De la contraception à l'avortement : sociologie des grossesses non prévues. », in *Population*, 59^e année, n°1, 2004, pp. 178-179.

BAJOS (N.), MOREAU (C.), LÉRIDON (H.) et FERRAND (M.), « Pourquoi le nombre d'avortements n'a-t-il pas baissé en France depuis 30 ans ? », *Population et Sociétés*, n°407, décembre 2004.

BARBIER (G.), « La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant », *AJ. fam.* 2012, p. 498.

BARTIN (M.), « Rapport à la société d'étude législative », *Texte et discussion, Bull Société*, 1906.

BATTEUR (A.),

- « L'obligation alimentaire, d'entretien et d'éducation de l'enfant à l'épreuve de la filiation et de l'autorité parentale », *LPA*, 24 Juin 2010, n°125.
- « Le majeur protégé et l'enfant », in *Nouveau droit des majeurs protégés*, G. RAOUL-CORMEIL (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 237.
- « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.* 2015, p. 2330.
- « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », in *Le patrimoine de la personne protégée*, J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), LexisNexis, 2015, pp. 333 et s.
- « Majeurs protégés – Curatelle et tutelle – Effets personnels », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 457-1 à 463, fasc. 20, avril 2016, (actualisation avril 2019).

BATTEUR (A.), MAUGER-VIELPEAU (L.), RAOUL-CORMEIL (G.), « La conclusion forcée du contrat de mariage du majeur protégé », *D.* 2019, p. 825.

BAZIN (E.), « De l'audition du mineur dans la procédure relative à l'autorité parentale », *Gaz. Pal.* 2014, p. 2137.

BECQUEMIN (M.), « Le contrat en protection de l'enfance : incertitudes et contradictions », *La revue française de service social*, n°243, 2011, pp. 60-67.

BELLIVIER (F.), « Solidarité et renouvellement urbain », *RTD civ.*, 2001, p. 216.

BELORGEY (J.-M.), « Prestations sociales, revenus et patrimoine », *RDSS* 2007, p. 860.

BERNHEIM-DESVAUX (S.), « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF*, avril 2010, p. 8.

BERNIGAUD (S.),

- « Les enjeux de la réforme de la protection de l'enfance », *Dr. fam.*, juin 2007, étude n°23.
- « Du signalement à la prise en charge des mineurs en danger », *RDSS*, 2007, p. 29.
- « Action sociale en faveur de l'enfance », in *Dr. Fam.*, P. Murat (dir.), Dalloz, coll. Dalloz action, 2016.

BETTOLI (L.), « Parents mineurs : la grossesse, facteur de maturation pour les jeunes parents ? quels risques comporte-t-elle ? quel accompagnement à Genève ? », *Thérapie Familiale* 2003/2, Vol. 24, pp. 179-191.

BIGOT (J.),

- « L'accès à la justice des mineurs », *AJ. fam.* 2003, p. 376.
- « Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *AJ. fam.* 2009, p. 324.

BLANC (G.), « À propos de la responsabilité des grands-parents... », *D.* 1997, p. 327.

BON (P.), « Vers une responsabilité de plein droit du fait des personnes dont on a la garde ? », *RFDA* 2005, p. 602.

BONFILS (P.), « Le discernement en droit pénal », in *Mélanges R. Gassin*, P.U.A.M, 2007, p. 97.

BONNARD (J.), « La garde du mineur et son sentiment personnel », *RTD. civ.* 1991, p. 49.

BORGETTO (M.), « La portée juridique de la notion d'accompagnement », *RDSS* 2012, p. 1029.

BORGHETTI (J.-S.),

- « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile » *D.* 2016, p. 1386.
- « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2016, p. 1442.
- « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.* 2017, p. 770.

BOULANGER (F.),

- « Les rapports juridiques entre parents et enfants (perspectives comparatistes et internationales) », *Economica*, 1998, p. 132.
- « Faut-il revoir les règles d'attribution de l'autorité parentale ? », *D.* 1999, p. 233.
- « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002, p. 1571.
- « Autorité parentale et responsabilité des père et mère des faits dommageables de l'enfant mineur après la réforme du 4 mars 2002 », *D.* 2005, p. 2245.

BOURGAULT-COUDEVILLE (D.), « Limite à l'obligation parentale d'entretien à l'égard de l'enfant majeur », *D.* 2002, p. 1875.

BOUVIER LE BERRE (C.), « L'enfant à charge en droit social et fiscal après la réforme de l'autorité parentale du 4 mars 2002 », *RDSS* 2003, p. 485.

BOSSE-PLATIERE (H.),

- « La présence des grands-parents dans le contentieux familial », *JCP* 1997, I, p. 4030.
- « L'autorité parentale après la loi du 4 mars 2002 », *Inf. soc.* 2003, n°105.

BOZON (M.),

- « L'entrée dans la sexualité adulte : le premier rapport et ses suites », *Population & Société*, mai 1993, pp. 1317-1352.
- « Autonomie sexuelle des jeunes et panique morale des adultes - Le garçon sans frein et la fille responsable », *Agora débats/jeunes*, 2012/1, n° 60, pp. 121-134.

BOZON (M.), RENNES (J.), « Histoire des normes sexuelles : l'emprise de l'âge et du genre », *Clio, Femme, Genre, Histoire* [En ligne], 2015, mis en ligne le 5 février 2016, [consulté : 1^{er} octobre], <http://cliot.revue.org/12823>.

BRAZIER (M.), « L'autorité parentale », *JCP* 1970, I, p. 2362.

BRIÈRE (C.), « La coparentalité, mythe ou réalité ? », *RDSS* 2002, p. 567.

BRUEL (A.),

- « Structures juridiques de la parentalité contemporaine », *Sauvegarde de l'enfance*, vol. 56, n°4/2001, p. 176.
- « La recherche de l'adhésion », *JDJ*, 2012/8, n°318, pp. 32-38.

BRUGGEMAN (M.),

- « L'enfant et les tiers », in *La famille que je veux, quand je veux ?* C. Neirinck (dir.), éd. Erès, 2003.
- « Administrateur *ad hoc* du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2006, étude 28.
- « Les familles recomposées : Le(s) tiers et l'enfant », *AJ. fam.*, 2007, p. 294.
- « L'audition du mineur en justice », *AJ. fam.* 2014, p. 12.
- « Retour sur l'administration légale », in *Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 690.
- « De quelques difficultés de lecture de la réforme de l'administration légale », *Gaz. Pal.*, éd. Spéc. Droit privé du patrimoine, 13 décembre 2016, p. 83.

BRUGUIÈRE (J.-M.), « Droits patrimoniaux de la personnalité », *RTD. civ.*, 2016, p. 1.

BRUNETTI-PONS (C.), « La proposition de loi sur la protection de l'enfant, ses apports, les limites de ses ambitions et ses manques », *Gaz. Pal.*, 18 juin 2015, p. 4.

BUFFELAN-LANORE (Y.), « Minorité. - Droits propres de l'enfant », in *J.-Cl. N.*, art. 388, fasc. unique, février 2018.

BURGUIÈRE (A.), « La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil) », *Droit et Société*, 14-1990.

CARBONNIER (J.),

- « L'autorité parentale », *Essais sur les lois*, 1979, p. 67.
- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Revue internationale de droit comparé*, C. Perelman et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variables en droit*, 1984, p. 99.

CARDART (M.-L.), « L'enfant et la PMI, d'hier à aujourd'hui », *Information sociale*, 2007/4, n°140, pp. 52-63.

CAPELIER (F.),

- « Enjeux et particularités de la contractualisation en protection de : l'exemple du PPE. », *Sociétés et jeunesses en difficultés*, printemps 2012, n°13, [en ligne].
- « La protection de l'enfant, avec ou contre sa famille ? La recherche d'un équilibre entre familialisme et individualisme au sein du droit français », *JDJ*, n°326, juin 2013, pp. 33-38.
- « Réforme de la protection de l'enfance présentation générale », *AJ. fam.* 2016, p. 195.

CAPELIER (F.), (suite)

- « La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète », *RDSS* 2016, p. 540.
- « Besoins fondamentaux, projets personnalisés et logique de parcours : nouveaux paradigmes du droit de l'aide et de l'action sociales ? », *RDSS* 2019, p. 723.

CAPITANT (H.), « La loi du 6 avril 1910 », *RTD civ.* 1910, p. 271.

CASEY (J.), « L'enfant et la banque », *Dr. et patr.* 2000, n°87, p. 76.

CASTAIGNÈDE (J.), « L'avis de l'enfant mineur dans le divorce de ses parents », *D.* 1992, chron, p. 121.

CASTELLA (C.), « L'échange d'information entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales », *AJ. fam.* 2013, p. 475.

CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD. civ.* 1966, p. 210.

CATHELINEAU (A.), « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive », *C. C. Conso.* déc. 1999, p. 4.

CHAPON (N.), NEYRAND (G.), « Filiation et affiliation, la question des liens en accueil familial », *AJ. fam.* 2017, p. 345.

CHÉNEDÉ (F.),

- « Les grands-parents biologiques face à l'accouchement sous X », *AJ. fam.*, 2009, p. 350.
- « La réforme du droit des contrats », *AJ. fam.*, 2016, p. 129.

CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), « Quand les enfants sont parents (ou comment ordonner le placement mère-enfant sans ordre à la mère ?), *RJPF*, juillet-août 2017, p.42.

COLIN (A.), « La protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD. civ.*, 1902, p. 257.

COLOMBET (C.), « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971 chron., p. 28.

CORPART (I.),

- « Le déclin de l'émancipation des mineurs » *JCP. N.*, 2003, p. 1523.
- « Tutelle des mineurs : un régime exceptionnel et complexe », *AJ. fam.*, 2010, p. 414.
- « Émancipation », in *Rep. civ.*, Dalloz, janvier 2015.
- « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. fam.*, juillet 2016, étude 14.

COUCHEZ (G.), « La fixation à dix-huit ans l'âge de la majorité », *JCP G* 1975, I, p. 2684.

CORNU (G.), « L'âge civil », in *Mélanges P. Ronbier*, Dalloz 1961, tome 2, p. 9.

CRETNEY (S.), « Les familles recomposées en droit anglais », in *Quels repères pour les familles recomposées ? Une approche pluridisciplinaire internationale*, M. Th. Meulders-Klein, et I. Théry (dir.), LGDJ, 1995, p.141.

DABIN (J.), « Le contrôle de la puissance paternelle », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, Dalloz, 1947, p.408.

DAGOT (M.), SPITÉRI (P.), « Chronique de l'actualité législative et parlementaire », *JCP G* 1971, I, p. 2412.

DAGUERRE (A.), « Les grossesses adolescentes en France et en Grande-Bretagne. Un phénomène déroutant pour les pouvoirs publics », *Informations sociales*, 2010/1 (n°157), pp. 96-102.

DAGUERRE (A.) et NATIVEL (C.), « Voyage au pays des maternités précoces », *Le Monde diplomatique*, décembre 2003, p. 12.

DE LA ROCHEBROCHARD (E.), « La puberté des filles et des garçons en France », *Population*, Ined n°6, 1999.

DE JUGLART (M.), « Les droits de puissance paternelle des ascendants », *Rev. crit. législ. et jur.*, 1938, p. 420.

DE LAMY (B.), « Mesures d'assistance éducative et droit au respect de la vie familiale », *Dr. fam.*, décembre 2000, comm. p. 150.

DE TAISNE (G.), « Devenir parents », *Études*, 9/2009 (Tome 411), *Revue de culture contemporaine*, pp.233-242 : <https://www.cairn.info /revue-etudes-2009-9-page-233.htm>.

DE TOUZALIN (H.), « Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort », *JCP* 1974, I, p. 2672.

DEIS-BEAUQUESNE (S.), « Le contrôle de gestion du patrimoine du mineur », *AJ. fam.*, 2002, p. 369.

DEISS (A.), « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP G* 1983, I, p. 3125.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.),

- « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD. civ.*, 1995, p. 249.
- « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM* 2004, n°12.
- « Le lien parental », in *le colloque : La personne dans tous ses états*, LPA n°131, 1^{er} juillet 2004, p. 71.
- « Grands-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation », *Rev. Lamy droit civil*, 2010.
- « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *Recherches familiales*, 2012/1, n°9, pp. 163-171.
- « II L'art de l'esquive, A- Le parent-mineur », in *Droit des enfants, chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n°9*, LPA, 12 août 2013.

DELECRAZ (Y.), CHETAILLE (M.), « Le financement par les parents des études supérieures de leurs enfants », *JCP N.* 2011, p. 1154.

DELOTTE (J.), MOLINARD (C.), TRASTOUR (C.), BONGAIN (A.), « Délivrance de la contraception d'urgence aux mineures dans les pharmacies françaises », *Gynécologie, Obstétrique, Fertilité* 2008, vol.36, n°1, p. 63.

DEMERY (A.), « La sanction des actes passés par le mineur non émancipé : bilan et perspective », *Gaz. Pal.* 2009, n°8, p. 4.

DESBARATS (I.), REYNÈS (B.), « Âge et conditions de travail », *Dr. soc.* 2003, p. 1067.

DEVERS (A.), « Un droit des grands-parents aux prestations familiales ? », *AJ. fam.* 2008, p. 154.

DIONISI-PEY RUSSE (A.), PICHARD (M.), « La prise en compte des violences conjugales en matière d'autorité parentale », *AJ. fam.* 2018, p. 34.

DISSAUX (N.), « Contrat-formation », in *Rep. civ.*, Dalloz, avril 2017, (actualisation avril 2019).

DOUCHY-OUDOT (M.), SEBAG (L.), « Assistance éducative », in *J.-Cl. proc. civ.*, Fasc. 1400-20, septembre 2016.

DOUET (F.), « Aspects fiscaux de la substitution des grands-parents aux parents », *AJ. fam.* 2008, p. 153.

DUBAELE (T.), « Avortement, mineure, autorité parentale et abus de droit : pouvoirs du juge des enfants pour consentir à l'IVG d'une mineure faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative ? » *D.* 1993, p. 129.

DURAND (E.), « Brève réflexion d'un juge des enfants sur l'audition de l'enfant en assistance éducative », *AJ. fam.* 2014, p. 27.

DURAND (S.), « Accès à la contraception et recours à l'IVG chez les jeunes femmes », in *De la contraception à l'avortement : sociologie des grossesses non prévues*, N. Bajos, M. Ferrand (dir.), INSERM, 2002, pp. 249-302.

DUVAL-ARNOULD (D.), « Minorité et interruption volontaire de grossesse » *D.* 1999, p. 471.

EUDIER (F.), CHAMBONCEL-SALIGUE (P.), « réforme de la protection de l'enfance : le défi de la coopération », *RJPF*, novembre 2007 (P.1) et décembre 2007 (P.2).

EUDIER (F.), GOUTTENOIRE (A.), « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, une réforme impressionniste », *JCP* 2016, p. 814.

ESCHYLLE (J-F.), « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires », *RDSS* 1997, p. 639.

ESCHYLLE (J-F.), HUYETTE (M.),

- « Autorité parentale. – Assistance éducative. – Champ d'application. Conditions », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 371 à 387, fasc. 20, janvier 2015 (actualisation avril 2016).
- « Autorité parentale. -Assistance éducative. -Modalités, effets. », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 371 à 387, fasc. n° 21, juillet 2015 (actualisation mai 2019).

ESPER (C.),

- « La personne de confiance : obligations légale, morale, juridique ? », *Rev. gén. dr. méd.*, 2003, n 11, p. 81.
- « La personne de confiance », *Gaz. Pal.*, décembre 2002, p. 1723.

FABRE (H.), « Chirurgie esthétique, le patient devient un consommateur averti », *Gaz. Pal.*, 25 septembre 1997, p. 33.

FALCONETTI (H.), « Une construction jurisprudentielle : le juge de l'assistance éducative », *D.* 1963, chron. p. 45.

FARGE (A.), « Honneur populaire et ordre public : l'État, le scandale et le domestique », in *La famille, la loi et l'État de la Révolution au Code civil*, I. Théry et C. Biet (dir.), Imprimerie nationale/Centre G. Pompidou, 1989, pp. 446-451.

FASQUELLE (D.), **BRUNETTI-PONS (C.)**, « Pour la protection des personnes dans l'âge fragile et vulnérable de l'enfance et de l'adolescence », *Dr. fam.*, avril 2014, étude n°5.

FAVIER (Y.),

- « La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités », *AJ. fam.* 2002, p. 360.
- « La nécessaire protection des revenus du travail de l'enfant », *AJ. fam.*, 2006, p. 147.
- « Le droit et la protection de l'enfance » *Informations sociales*, vol. 140, n°4, 2007, pp. 18-27.
- « L'accompagnement vers l'autonomie des jeunes sortant du dispositif de protection de l'enfance. », *Revue de littérature internationale*, octobre 2014, pp. 109-111.
- « Loi du 14 mars 2016 sur la protection de l'enfance : autorité parentale et adoption », *JCP N.* 2016, n°28, étude 1235.

FENOUILLET (D.), « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question, la parenté éprouvée. », *LP4* 24 mars 2010, p. 7.

FONDIMARE (E.), « La loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 25 septembre 2014 : <http://revdh.revues.org/880> ; DOI : 10.4000/revdh.880.

FORGIT (M.), « L'exercice conjoint de l'autorité parentale dans la famille naturelle », *Dr fam.* n°5, 01 mai 1997, pp. 5-7.

FOSSIER (T.),

- « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », *JCP* 1985, I, p. 3195.
- « La dissociation de la tutelle aux biens et de la tutelle à la personne, une exception... », *JCP G.* 20 juin 2001, II, p. 10548.
- « Juge et bon père de famille : les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour mineur », *AJ. fam.* 2002, p. 363.
- « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », *Dr. fam.* mai 2004, n° 5, étude 10.
- « L'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés quarante mois après la loi du 4 mars 2002 », *Dr fam.* juillet 2005, étude 15.
- « Le droit des tutelles après sa réforme : nouvelle branche du droit de l'action sociale ? » *RDSS* 2007, p. 672.

FOSSIER (T.), **BAUER (M.)**, « L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance ? », *RDSS* 1994, p. 657.

FOSSIER (T.), PETERKA (N.), « Gestion du patrimoine des personnes en tutelle », in *J.-Cl. civ. Code*, Art. 496 à 502, fasc. unique, novembre 2016.

FOSSIER (T.), RAOUL-CORMEIL (G.), « Gestion du patrimoine des mineurs » in *J.-Cl. civ. Code*, Synthèse 190, mai 2019.

FOURNEL (F.), « La responsabilité civile des grands-parents du fait de leurs petit-enfants », *AJ. fam.* 2008, p. 150.

FOURNIE (A.-M.), « De l'abandon à l'adoption plénière. Le contentieux de l'abandon », *JCP* 1974, I, p. 2640.

FRICERO (N.), « Ratification de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants : une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans », *RJPF* janvier 2008, p. 8.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Distinction volonté et consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573.

FULCHIRON (F.),

- « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la Loi du 8 janvier 1993 », *D.* 1993. chron. p. 117.
- « L'autorité parentale renouvelée », *Defrénois* 2002, p. 959.
- « Famille : Un statut de la parentalité ? », *JCP G*, n°2, hors-série, 1^{er} décembre 2007.

GAL (H.), « Les dispenses d'âge fondées sur l'état de grossesse de la future épouse et le nouvel article 331 du Code pénal », *JCP* 1948, I, p. 687.

GAILLARD (E.), « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984, chron. p. 161.

GARÉ (T.),

- « Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant », in *Mélanges Huet-Weiller*, 1994, LGDJ, p.181.
- « L'exercice conjoint de l'autorité parentale entre parents et grands-parents est-il possible ? » *D.* 1990, p. 395.
- « Les grands-parents dans le droit de la famille, un thème d'actualité », *AJ. fam.* 2002, p. 84.

GAUTIER (A.), « Les droits reproductifs, une nouvelle génération de droit ? », *Autrepart*, 15, 2000, p. 167.

GEBLER (L.),

- « L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants majeurs poursuivant leurs études », *D.* 1976, chron. p. 131.
- « L'enfant et ses juges », *AJ. fam.* 2007, p. 390.

GERMÉ (P.), RICHET-MASTAIN (L.), « Reconnaître son enfant : une démarche de plus en plus fréquente et de plus en plus souvent anticipée », *INSEE première*, n°1105, octobre 2006.

GISSER (F.), « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G* 1984, I, p. 3142.

GOBERT (M.),

- « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP* 1971, I, p. 2421.
- « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD. civ.* 1992, p. 489.

GOMY (M.), « Vers un devoir de visite et d'hébergement des enfants », *JCP N* 1999, p. 310.

GOROVSTEFF (A.), « La lutte autour de la notion de sujet de droit », *RTD civ.* 1926, p. 881.

GOUTTENOIRE (A.),

- « La capacité du mineur d'interjeter appel en matière d'assistance éducative », *D.* 1996, p. 420.
- « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.* 2002. chron. p. 24.
- « La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale », *AJ. fam.* 2002, p. 124.
- La mise en œuvre judiciaire des droits parentaux du majeur sous tutelle », *Dr. fam.* n°10, octobre 2003, comm 127.
- « Les modes de participation des mineurs aux procédures qui le concernent », *Dr. fam.* 2006, étude n°29.
- « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *D.* 2007, p. 1090.
- « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses grands-parents », *AJ. fam.* 2008, p. 138.
- « Le logement de l'enfant », *AJ. fam.* 2008, p. 371.
- « La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale », *AJ. fam.* 2010, p. 518.
- « La famille dans la jurisprudence de la CEDH 2008-2009 », *Dr. fam.* 2010, étude 1, n°17.
- « Le statut juridique du mineur », *RLDC* 2011, supplément. n°87, p. 36.
- « La capacité usuelle du mineur », in *Mél. J. Hauser, LexisNexis/Dalloz*, 2012, p. 163.
- « Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », *Dr. fam.*, septembre 2014, dossier 5.
- « Mineur », in *Rep. proc. civ.*, Dalloz, juin 2015, (actualisation octobre 2017).
- « Autorité parentale : exercice », in *Dr. fam.*, P. Murat (dir.), Dalloz, coll. Dalloz action 2016.
- « Représentation et administration légale », in *Dr. fam.*, P. Murat (dir.), Dalloz, coll. Dalloz action, 2016.
- « Autorité parentale », in *Rep. civ. Dalloz*, octobre 2017, (actualisation juillet 2019).

GOUTTENOIRE (A.), LAMARCHE (M.), « La recherche d'équivalent : la délégation d'autorité parentale », dossier spécial Kafala, *Dr. fam.* 2009, étude 9.

GOUTTENOIRE (A.), MURAT (P.), « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. fam.* 2003, étude 1.

GOUTTENOIRE (A.), RADÉ (C.), « La responsabilité du fait du mineur placé », *AJ. fam.* 2007, p. 69.

GRAEFF (B.), REBOURG (M.), « La prise de décision appuyée du droit brésilien : un nouvel instrument de soutien à l'exercice de la capacité juridique », *Dr. fam.* juin 2019, étude n°7.

GRANET-LAMBRECHTS (F.),

- « V° Filiation », in *J.-Cl. Notarial* fasc. 40, décembre 2013.
- « Etablissement de la filiation par la reconnaissance », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 316, octobre 2015.
- « Actions relatives à la filiation – Recherche de paternité hors mariage », in *J.-Cl. civ. Code*, Art. 327 et 328, fasc. Unique, octobre 2015.

GRIDEL (J.-P.),

- « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998. chron. p. 93.
- « La sénescence mentale et le droit », *Gaz. Pal.* 2001, 1, pp. 4-12.

GRIMALDI (M.), « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », in *L'enfant, la famille et l'argent*, F. Dekeuwer-Defossez (dir.), LGDJ, 1991, p. 101.

GROM (S.), « De l'influence du consumérisme sur l'humanisme médical », *Gaz. Pal.* 14-16 juillet 1996, octobre 24-30.

GRÜNDLER (T.), « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X ? », *R.d.b.* [En ligne], mis en ligne le 01 juin 2013, <http://revdh.revues.org/197> ; DOI : 10.4000/revdh.197.

GUÉRIN (D.) (dir.), Dossier « Jeunesse et Droit », *AJ. fam.*, octobre 2017, n°10, pp. 511-538.

GUÉVEL (D.), « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 4 novembre 2010, p. 30.

GUENZOU (Y.), « La crainte révérencielle », *D.* 2010, p. 984.

GUINERET-BROBBEL DORSMAN (A.), SIRE (S.), « Maman dit oui, papa aussi ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *LPA* 2003, n° 64, p. 5.

HAMALDI (H.), « Le statut européen de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, éd. L'Harmattan, coll. Champs libres, 2007, p. 161.

HARICHAUX (M.), « Les droits à l'information et consentement de l'usager du système de santé » après la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 », *RDSS* 2002, p. 673.

HAUSER (J.),

- « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur », in *L'enfant, la famille et l'argent*, LERADP Lille, 1991, avant-propos F. Dekeuwer-Defossez.
- « Rôle de l'enfant mineur dans les procédures », *RTD. civ.* 1993, p. 341.
- « Obligation d'entretien : parents n'ayez aucune pitié pour vos grands enfants ! », *RTD. civ.* 1993, p. 576.
- « Des petits hommes ou des petits d'hommes », in *L'enfant et les conventions internationales*, J. RUBELLIN-DEVICHI, R. FRANCK, éd. PUL, 1996, p. 471.
- « L'opposition d'intérêt dans l'administration légale », *RTD. civ.* 1996, p. 582.
- « La liberté qui opprime et la loi qui libère », *RTD. civ.*, 1997, p. 98.

HAUSER (J.), (suite)

- « La famille de l'article 1384 alinéa 4 : une compagnie d'assurance ? », *RTD. civ.* 1997, p. 648.
- « Actes courants et actes usuels : l'argent et les voyages », *RTD. civ.*, 1999, p. 360.
- « L'incapable et nous », *JCP N.* 1999, p. 863
- « La notion d'incapacité », *LPA*, 17 août 2000, p. 3.
- « Enfant et justice », *Dr. fam.* n°7, juillet 2006, étude n°38, propos conclusifs.
- « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA*, n°52, 2002, p. 4.
- « La famille et l'incapable majeur » *AJF* 2007, p. 198.
- « La finalité de l'autorité parentale », *RTD. civ.* 2007, p. 327.
- « Exercice conjoint de l'autorité parentale et personne de l'enfant : la circoncision n'est pas un acte usuel » *RTD. civ.* 2008, p. 99.
- « Les limites de l'action en nullité relative pour incapacité d'un co-contractant », *RTD. civ.* 2009, p. 29.
- « Le temps de la filiation : des filiations rétroactives, avantages et inconvénients pour les uns et les autres », *RTD. civ.* 2009, p. 307, 1^{ère} espèce.
- « Des tiers, légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », *RTD. civ.* 2009, p. 309.
- « Le tuteur et les actions en justices une distinction pérenne », *RTD. civ* 2010, p. 82.
- « Autorité parentale et administration légale par un parent-mineur », *RTD. civ.* 2013, p. 818.
- « Quand on est majeur, on n'est plus mineur ! » *RTD. civ.* 2015, p. 351.
- « Le mariage d'un majeur protégé est une acte strictement personnel », *RTD. civ.* 2016, p. 83
- « Discrimination », *JCP G*, 2016, p. 704, édito.
- « Feue l'administration légale sous contrôle judiciaire et la suite... », *RTD. civ.* 2017, p. 610.

HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), « L'obligation alimentaire des grands-parents vis-à-vis de leurs petits-enfants », *RTD. civ.* 1991, p. 729.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Politique et politisation du vivant », in Hennette-Vauchez (S.) (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique - Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, Paris, LGDJ, 2006.

HUET-WEILLER (D.), « L'obligation alimentaire des grands-parents vis-à-vis de leurs petits-enfants », *RTD. civ.* 1991, p. 729.

HUYETTE (M.),

- « Le contradictoire et la procédure d'assistance éducative », *D.* 2001, p. 1803.
- « La nouvelle procédure d'assistance éducative », *D.* 2002, p. 1433.

JOURDAIN (P.),

- « Responsabilité du fait des mineurs : le changement de cap de la Cour de cassation », *D.* 1997, p. 265.
- « La responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil est une responsabilité de plein droit », *D.* 1997, p. 496.
- « Causes d'exonération de la responsabilité parentale : les ambiguïtés et l'inconsistance de la force majeure », *RTD. civ.* 1999, p. 410.

JOURDAIN (P.), (suite)

- « Causes d'exonération de la responsabilité des père et mère : la force majeure pratiquement inefficace et théoriquement inconcevable », *D.* 2000, p. 468.
- « Responsabilité des père et mère et force majeure : vers l'incohérence », *RTD. civ.*, 2001, p. 544.

JULIEN (J.), « Responsabilité du fait d'autrui », in *Rep. civ.*, Dalloz, juillet 2019.

JULIENNE (F.), « Le mineur, acteur de la vie économique ? (à propos de la loi du 15 juin 2010) », *Dr. fam.*, n°11, novembre 2010, étude 31.

JUSTON (M.),

- « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », *Gaz. Pal.* n°223, 11 octobre 2006, pp. 2-9.
- « Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leur besoins », *AJ. fam.* 2009, p. 320.
- « Audition et intérêt supérieur de l'enfant dans le contentieux familial », *JDJ*, 2014/8-9, p. 38.

JUSTON (M.) et V. A., « Audition de l'enfant », *AJ. fam.* 2009, p. 333.

KAFÉ (H.), BROUARD (N.), « Comment ont évolué les grossesses chez les adolescentes depuis 20 ans ? », *Population & Société*, n°361, octobre 2000.

KESSLER (G.),

- « La consécration par anticipation de l'établissement automatique de la filiation maternelle », *D.* 2006, p. 1029.
- « Les familles d'accueil à vocation adoptive : regard sur le programme "Banque-mixte" québécois », *AJ. fam.* 2019, p. 84.

KESTEMAN (N.), « L'allocation de parent isolé et les obligations alimentaires : les conséquences de la réforme de 2007 », *Politiques sociales et familiales*, n°95, 2009. pp. 67-75.

KIMMEL-ALCOVER (A.), « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance », *RDSS* 2013, p. 132.

M. KORNPORST, H. BOSSE-PLATIERE, A. MULOT-THIEBAUD, « Obligation alimentaire », in *Rep. civ.*, Dalloz, septembre 2012, (actualisation mars 2019).

LE DEN (M.), « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France », *Science sociale et Santé*, 2012/1, pp. 85-102.

LE GUIDEC (R.), CHABOT (G.),

- « Successions : dévolution », in *Rep. civ.*, Dalloz, janvier 2009, (actualisation juillet 2019).
- « Filiation, modes extrajudiciaires d'établissement », in *Rep. civ.*, Dalloz, septembre 2009, (actualisation avril 2019).

LE VAN (C.),

- « La grossesse à l'adolescence : drame réel ou incongruité sociale ? », *Revue de sociologie et d'Anthropologie*, 1997, n°3, pp. 139-167.
- « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *Adolescence* 2006/1, n°55, pp.225-234.

LABBÉE (X.),

- « Le mariage homosexuel est-il ouvert aux mineurs ? », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2013, n°31.
- « Faut-il repenser l'émancipation ? », *Gaz. Pal.* 13 février 2018, n°6, p. 12.

LABRUSSE-RIOU (C.),

- « Filiation : Généralité », in *Rep. civ.*, Dalloz, septembre 2009, (actualisé avril 2019).
- « Code civil et Code de Santé publique », *RDSS* 2018, p.427.

LACOUR (C.), « Accouchement anonyme et levée du secret des origine à l'épreuve de l'incapacité », *RDSS* 2009, p. 328.

LAFORE (R.),

- « Le contrat dans la protection sociale », *DS.* 2003, p. 105.
- « Les responsabilités familiales en question », *RDSS* 2013, p. 1025.
- « Les montages institutionnels de la protection de l'enfance : entre justice et administration », *RDSS* 2007, p. 15.

LAMARCHE (M.),

- « Substitution des grands-parents aux parents », *AJ. fam.* 2008, p. 141.
- « Embryons, statut de l'embryon, avortement, acte d'enfant sans vie, libres propos sur un amalgame soi-disant juridique », *Dr. fam.* 2008. Alerte 22.
- « Pacte civil de solidarité », in *Rep. civ.*, Dalloz, septembre 2012, (actualisation avril 2019).
- « Droits et consentement des personnes vulnérables : le nouvel avis de la CNCDH peut-il aider à surmonter les difficultés pratiques ? », in *J.-Cl. fam.*, LexisNexis, juillet-août 2015, p. 3.

LAMARCHE (M.), LEMOULAND (J.-J.), « Mariage, conditions de formation », in *Rep. civ.*, Dalloz, janvier 2014, (actualisation avril 2019)

LAMY (A.), « Adolescente et mère », *L'école des parents*, janvier 2016, pp. 41-43.

LAMY (B.), « Assistance éducative et droit au respect de la vie familiale », *Dr. fam.*, décembre 2000, comm. p. 150.

LANSIAUX-MORNET (H.), « Du juge du danger patrimonial », *AJ. fam.* 2016, p. 364.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La loi contre la tradition : La lutte contre les mariages forcés par le relèvement de l'âge légal du mariage des femmes », *Dr. fam.*, mai 2005, p. 3.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.), AZAVANT (M.), « Autorité parentale », in *Rep. proc. civ.*, Dalloz, décembre 2004, (actualisation avril 2019).

LAUDE (A.),

- « Le consommateur de soins », *D.* 2000, chr. p. 415.
- « L'accès au dossier médical », in *rapport sur les droits des malades 2007-2008*, C. Kouchner, A. Laude et D. Tabuteau, éd. *Presses de l'EHESP*, 2009.

LAVAUD-LEGENDRE (B.), « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un "droit de la vulnérabilité" en construction », *RDSS* 2010, p. 520.

LEBRETON (M.-C.), « Vers une interprétation restrictive de la jurisprudence Blicq », *LPA* 24 février 1997, p. 6.

LECUYER (H.), GRIDEL (J-P), « Le mineur en droit privé : son patrimoine et l'acte éminemment personnel », *Gaz. Pal.* 22 mars 2003, n°81, p. 2.

LE DEN (M.), « Les indicateurs des grossesses à l'adolescence en France », *Science sociale et Santé*, 2012/1, pp. 85-102.

LEGEAIS (R.), « L'autorité parentale : étude de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée », *Defrénois* 1973, n°198.

LÉGER (V.), NAUDIN (E.), « L'assistance éducative : approche de droit comparé », *A.J. fam.*, 2002, p. 216.

LEMOULAND (J.-J.),

- « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD. civ.* 1997, p. 1.
- « Vers un droit commun de la formation des couples », *LPA*, 20 décembre 2007, n°254, p. 13.
- « Consentement et capacité. L'influence discrète de l'utilitarisme », in *Quel renouveau pour le droit des contrats? Une réforme entre tradition et modernité*, V. Larribau-Terneyre et S. Pellé (dir.), PUPPA, 2016.
- « Famille », in *Rep. civ.*, Dalloz, septembre 2015, (actualisation juillet 2019).

LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.), « Droit des couples », « Droit des couples », *D.* 2007, p. 1561.

LEMPERT (B.), « Pour que la loi protège l'intime » in *12e Journées Nationales d'études sur l'Avortement et la Contraception*, ANCIC, Marseille, 6-7/06/1997.

LEROYER (A.-M.),

- « L'enfant confié à un tiers, de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD. civ.* 1998, p. 587.
- « Mariage-Couple- Communauté de vie », *RTD. civ.*, 2006, p. 402.

LE TOURNEAU (P.), « Droit de la responsabilité et des contrats », in *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Dalloz action 2018-2019.

LEVENEUR (L.), FATÔME-LEVENEUR (F.), « Aliment. Obligation d'entretien », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 203 et 204, fasc. unique, mai 2013.

LHUILIER (J.-M.), « Information préoccupante et signalement : la mise en œuvre des textes issus de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *RDSS* 2010, p. 947.

LIENHARD (C.),

- « Le rôle du juge aux affaires matrimoniales », *Economica*, 1985, p. 128.
- « Position procédurale des grands-parents lors de la séparation des parents », *A.J. fam.* 2002, p. 88.
- « Juge aux affaires familiales », in *Rep. proc. civ.*, Dalloz, mars 2011, (actualisation avril 2019).

LOCHER (F.), SIRANYAN (V.), TABOULET (F.), « La prise en charge des patients mineurs par les pharmaciens : un enjeu majeur de santé publique », *RGDM* 2015, n° 21, p. 203.

LOKIEC (P.),

- « La décision médicale », *RTD. civ.*, 2004, p. 641.
- « Personne de confiance », *RDSS* 2006, p. 865.

LUCHAIRE (F.), « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD. civ.*, 1982, p. 245.

MACORIG-VENIER (F.), « Le danger demeure-t-il le critère de l'action préventive de l'aide sociale à l'enfance ? », *RDSS*. 1993, chron. p. 172.

MAINGAIN (B.), DE WILDE D'ESTAMËL (E.), « Belgique -Mariage, divorce, filiation et autorité parentale, obligation alimentaire », in *J.-Cl. Droit comparé*, fasc 2, avril 2009.

MAILLOCHON (F.), « Premières relations sexuelles et prises de risque, L'éclairage des enquêtes statistiques réalisées en France », *Agora débats/jeunes*, 2012/1, n° 60, pp. 59-66.

MALAUURIE (Ph.), « Autorité parentale et droit des tiers : un avant-projet patchwork », *JCP G*, avril 2009, act. 167.

MALLET (É.),

- « Actes à consentement strictement personnel et majeur protégé », *Dr. fam.* 2014, étude n°4.
- « Vers une meilleure protection de l'enfant : la loi du 14 mars 2016 », *JCP N.* 2016, n°13, act. 444.

MARCHADIER (F.), « Majeur protégé, gestion du patrimoine », in *Rep. civ.*, Dalloz, décembre 2016, (actualisé juillet 2019).

MARGUET (L.), « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme*, n°4, p. 4.

MARIA (I.),

- « Capacité contractuelle et capacité délictuelle : exemple de distorsion discuté », *Dr. fam.* 2009. comm. p. 146.
- « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP* 2009, I, p. 149.
- « De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées. Approche critique du décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 », *Dr. fam.*, 2009. étude 31.
- « Réflexions autour de la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale », in *Mélanges C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, pp.735-754.

MARIA (I.), RAOUL-CORMEIL (G.), « La nouvelle administration légale 1+1=1 ? », *Dr. fam.* n°1, janvier2016, dossier n°4.

MARINNACE (F.), MAINGUENEAU (E.), « La tutelle aux prestations sociales pour enfants : la problématique des CAF face à la pauvreté des familles », *Recherches et Prévisions*, n°67-2002, pp. 87-88.

MATHEY (R.), « Représentation », in *Rep. civ.*, Dalloz, juillet 2017, (actualisation juillet 2019).

MARTIN (X.), « À tout âge ? Sur la durée du pouvoir des père dans le Code Napoléon », *Revue histoire faculté de droit* 1992, p. 227.

MASSIP (J.),

- « L'abaissement de l'âge de la majorité civile et ses conséquences », *Defrénois* 1974, art. 30744, p. 1121.
- « La réforme du droit des incapables majeurs », *Defrénois* 1968, art. 29199.
- « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme », *D.* 1997, p. 587.
- « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2009, n°457, p. 380.
- « Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice », *Dr. fam.* 2010, étude n°22.

MASSON (C.), « L'ordre public familial en péril ? », *RTD. civ.* 2018, p. 809.

MAYAUD (Y.), « Violences involontaires : Théorie générale », in *Rep. pén.*, Dalloz, octobre 2006, (actualisation mai 2019).

MAZAUD (D.), « L'attraction du droit de la consommation », *RTD. com.*, 1998, p. 95.

MAZAUD (H.), « La "faute objective" et la responsabilité sans faute », *D.* 1985, chron. p. 13.

MAZUY (M.), TOULEMON (L.), BARIL (E.), « Un recours moindre à l'IVG, mais plus souvent répété », Institut national d'études démographiques, *Population & société*, n°518, janvier 2015.

MÉCARY (C.), « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ. fam.* 2011, p. 604.

MEKKI (M.), « L'information en droit privé. Réflexions critiques sur le dogme de la transparence », in *L'information, VIIIe journées juridiques franco-japonaises*, B. Fauvarque-Cosson et Y. Ito (dir.), éd. Société de législation comparée, coll. Droits étrangers, vol. 11, 2012, p. 139.

MÉLIN (F.), « La personne de confiance de l'article L. 1111-6 du code de la santé publique », in *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, G. Fauré (dir.), éd. PUF, 2003, pp. 111-124.

MÉMETEAU (G.),

- « Le refus de soins à enfant conçu », *RDSS* 1979, p. 324.
- « Le prélèvement à des fins thérapeutiques sur le fœtus de lege ferenda », *Gaz. Pal.*, février 1983, p. 323.
- « Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé », *RDSS* 1983, p. 535.
- « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD civ.* 1990, p. 611.
- « Le patient consommateur et le professionnel de santé », *LPA* 5 déc. 2002, p. 52.

MIKALEF-TOUDIC (V.), « Les mesures d'accompagnement social personnalisé : une mission nouvelle pour les conseils généraux », *RDSS* 2008, p. 513.

MILBURN (P.), « De la négociation dans la justice imposée », *Négociation*, 2004/1, n°1, pp. 27-38.

MIRKOVIC (A.),

- « Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers », *AJ. fam.* 2008, p. 428.
- « Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers.-A propos du rapport Léonetti », *JCP G* 19 octobre 2009, p. 345.

MISTRETTA (P.), « Actes médicaux et droits de l'enfant : réflexions sur l'autonomie du mineur », in *Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 112.

MOISDON-CHATAIGNER (S.),

- « L'avenir de l'enfant né sous X est-il auprès de ses grands-parents maternels ? », *RDSS* 2011, p. 329.
- « Les rapports du service de l'aide sociale à l'enfance avec les parents de l'enfant placé », *RDSS* 2017, p. 837.

MONÉGER (F.),

- « La relation de charge dans les prestations familiales », *RDSS* 1994, p. 613.
- « Interdiction de cumuler la qualité d'enfant à charge et celle d'allocataire pour le versement de prestation familiale », *RDSS* 1995, p. 375.
- « Autorité parentale conjointe. Solution de principe », *RDSS* 1995, p. 827.
- « Age limite d'un enfant à charge pour le versement des allocations familiales », *RDSS* 1998, p. 171.
- « Notion d'enfant à charge pour le versement des prestations familiales », *RDSS* 1999, p. 597.
- « Le Conseil constitutionnel et l'état des personnes », in *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°39, avril 2013, Dossier : « La constitution et le droit des personnes et de la famille ».

MONTANIER (M.), « Les actes de la vie courante en matière d'incapacité », *JCP* 1982, I, p. 3076.

MONTOUX (D.), « Mineurs. Majeurs protégés. – Mineurs. -Administration légale et tutelle. - Ouverture et dévolution », in *J.-Cl. N. Formulaire*, Fasc. 40, septembre 2017.

MOQUET-ANGER (M.-L.), « Le droit des personnes hospitalisées », *RDSS* 2002, p. 657.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.),

- « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. fam.* n°10, octobre 2012, étude 17, n°1.
- « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.* 2012, p. 21.

MOREAU (H.C.), « De l'administration légale du père », in *Bull.-comm. des lois nouvelles et décrets*, 1910, n°15 ; reprod. : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57725533/f9.image>.

MOREAU (S.), « L'émancipation : rajeunissement ou déclin ? [Réflexions au lendemain de la réforme du 5 juillet 1974] », *JCP N.*, 1975, I, p. 2718.

MORO (M.-R.), « Les adolescents sont des êtres en développement – Considérations éthiques et transculturelles », *JDJ* n° 322, février 2013, pp. 27-30.

MOULAY-LEROUX (S.), « Le contrat avec l'utilisateur : paradigme ou parasite de la relation d'aide ? », *RDSS* 2012, p. 5.

MURAT (P.),

- « La puissance paternelle et la Révolution française : essai de régénération de l'autorité des pères », in *La loi, la famille, l'État, de la Révolution au Code civil*, Textes réunis et présentés par I. Théry et C. Biet, éd. Imprimerie nationale, Centre G. Pompidou, 1989, p. 390.
- « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir », in *Mél. Huet-Weiller*, éd. PUF, 1998, p.341.
- « Les grands-parents, l'accouchement anonyme de leur fille et l'adoption de l'enfant : suite », *Dr. fam.* 2009, comm. p. 108.

NAUDIN (E.), « Les comptes bancaires et la famille », *AJ. fam.* 2003, p. 273.

NEIRINCK (C.),

- « De Charybde en Scylla : l'administrateur ad hoc du mineur », *JCP* 1991. I, p. 3496 n°9.
- « Le statut juridique des mineurs de 7 à 13 ans », *LPA* n°44, 1994, p. 11.
- « L'accouchement sous X. : le fait et le droit », *JCP* 1996, I, p. 3922.
- « La dualité de régime de l'administrateur ad hoc des mineurs », *JCP G.* n°20, 17 mai 2000, doct. 228.
- « L'autorité parentale, institution "mythée" », in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, t. 2, J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), PU Sciences sociales de Toulouse, 2005.
- « L'enfant, être vulnérable », *RDSS* 2007, p. 5.
- « Est-il possible d'être le grand-parent d'un enfant sans filiation établie ? », *RDSS* 2010, p. 735.
- « Pauvreté et enfant délaissé ou désinvesti par ses parents », in *Droits de l'enfant et pauvreté*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaire 2010.
- « Du désintérêt manifeste au délaissement », *Dr. fam.*, mai 2012, repère 4.
- « Minorité, maternité et autorité parentale », *Dr. fam.*, novembre 2012, comm. p. 169.
- « Créance d'entretien et vie sentimentale des parents débiteurs », in *Mél. J. Hauser*, 2012, LexisNexis/Dalloz, p. 449.
- « Enfance », in *Rep. civ.*, Dalloz, octobre 2016, (actualisé juillet 2019).
- « Autorité parentale- Délégation », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 371 à 387, fasc. 30, janvier 2018.

NERSON (R.), « L'activité juridique du mineur non émancipé », *RTD. civ.* 1971, p. 613.

NOËL (F.), « La mesure de tutelle aux prestations sociales. Une relation sous mandat judiciaire », *Vie sociale*, vol. 1, n°1, 2006, pp.73-82.

OUEDRAOGO (R.), « Le contentieux de l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale : développements récents », *AJ. fam.* 2017, p. 173.

OUHMIDA (H.), « Les quinze "fiches-actions" du rapport Naves », *JDD* 2003/7, pp. 42-48.

PAPON (S.), « 75 000 nouveau-nés en France en 2018 : seulement 12 000 ont une mère de moins de 20 ans », *Insee Première*, septembre 2019, n°1773.

PASTOR (J.-M.), « Les obligations du département en matière d'accompagnement d'un jeune majeur », *D. actu.* 17 janvier 2019, n° 17.

PATUREAU (Y.), « Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné », *D.* 1978. chron. p. 167.

PAWLAK (C.), « Grossesse à l'adolescence. », in *Dictionnaire de psychopathologie de l'enfant et de l'adolescent*, D. Houzel, M. Emmanuelli, F. Moggio, éd. PUF, 2000, pp. 304-307.

PERMINGEAT (J.-M.), « Les compétences concurrentes du juge des enfants et du juge aux affaires familiales », *AJ. fam.*, 2013, p. 280.

PETERKA (N.),

- « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. À propos de l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 », *JCP G* 2015, p. 1160.
- « Plaidoyer pour une protection plus respectueuse des personnes vulnérables », *D.* 2018, p. 2146.

PETIT (F.),

- « Le droit à l'accompagnement », *DS* 2008, p. 413.
- « L'émergence d'un droit à l'accompagnement », *RDSS* 2012, p. 977.

PIN (X.), « Les âges du mineur : réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », *Gaz. Pal.* 12 juil. 2012, p. 5.

PISON (G.),

- « France 2009 : l'âge moyen à la maternité atteint 30 ans », *Population & Société*, n°465, mars 2010.
- « Les maternités précoces en recul dans le monde », *Population & Société*, n°490, juin 2012.

POISSON (E.), « L'abaissement de l'âge de la majorité », *D.* 1976, chron. p. 21.

POUMAREDE (J.), « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution », in *Le statut du mineur : plus de droits, plus de protections*, Actes du colloque organisé par la Cour de cassation le 10 juin 2011, *LPA* 2012, n°50, p. 13.

POUMARÈDE (M.), « Le contrat de vente d'immeuble et le droit de la consommation, un exemple à suivre ? », *RLDC* 2006, p. 2248.

PRADEL (J.), « L'obligation pour les parents d'entretenir un enfant au-delà de sa majorité pour lui permettre de continuer ses études », *JCP G* 1966, I, p. 2038.

PY (B.), « La délégation de l'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », *RDSS* 1996, p. 229.

QUENNESSON (C.), « Les décisions relatives à la santé de l'enfant », in *Dossier Santé et protection de l'enfant*, *AJ. fam.* 2015, p. 275.

RAISON (A.), « Administration légale. Tutelle. Emancipation. Commentaire de la loi du 14 décembre 1964 », *Journ. Not.*, 1965, p. 1969.

RASCHEL (L.), « L'âge de procréer », *Gaz. Pal.*, 3 janvier 2009, p. 14.

RAOUL-CORMEIL (G.),

- « L'incapable majeur civilement responsable du fait de son enfant mineur », *D.* 2006, p. 2016.
- « *Insania omnia corrumpit* », *D.* 2011, p. 50.
- « Le consommateur est-il un incapable ? », in *40 ans de droit de la consommation 1972-2012* (Colloque : Montpellier, 28 septembre 2012), D. Mainguy, M. Depincé (dir.), Etudes Teutates, 2013, pp. 27-46.
- « Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'ester en justice pour leur mise en œuvre », *D.* 2014, p. 467.
- « Le droit des majeurs protégés, en partie rénové par la loi du 16 février 2015 », *Gaz. Pal.*, 11 mars 2015, p. 6.
- « Le caractère attitré de la demande d'autorisation à mariage de la personne protégée », *D.* 2016, p. 875.
- « Défaut de consentement et défaut d'autorisation à mariage », *D.* 2017, p. 1963.
- « PACS et tutelle : l'objet de l'autorisation judiciaire », *D.* 2018, p. 403.
- « La personne âgée et le risque d'insanité », *RDSS* 2018, p. 790.
- « L'union du majeur protégé (mariage, divorce, PACS) », *Solution Notaire*, 25 avril 2019, p. 19.

RAYMOND (G.), « Assistance éducative », in *Rep. civ.*, Dalloz, mars 2010, (actu. février 2018).

RAYNARD (J.), « Domaines et thèmes des avis », in *L'inflation des avis en droit*, Th. Revet (dir.), Economica, coll. Études juridiques, 1998, p. 11.

RAYNAUD (P.),

- « La puissance paternelle et l'assistance éducative » in *Mélange en l'honneur de R. Savatier*, 1965, p. 808.
- « La réforme de l'adoption (la loi n°66-500 du 11 juillet 1966, Décrets n°66-903 du 2 décembre 1966, 67-44 et 67-45 du 12 janvier 1967) », *D.* 1967. chron. p. 77.

REBOURG (M.),

- « La notion d'enfant à charge dans les familles recomposées », *RDSS* 1998, p. 402.
- « La responsabilité civile des faits commis par un enfant confié à ses grands-parents ou à un tiers », *D.* 1998, p. 118.
- « La réforme de l'autorité parentale », *JCP* n°15, 10 avril 2002. Actu. 178.
- « La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune », *AJ. fam.* 2007, p. 290.
- « Les obligations alimentaires », in *Dr. Fam.*, Dalloz, Dalloz action, P. Murat (dir.), 2016.

REDON (M.), « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice imposé du droit parental », *D.* 2001, p. 1194.

REXAND-POURIAS (N.), « Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale », *JCP* 2003, I, p. 100.

REY-SALMON (C.), « Secret médical et personne vulnérable : le cas du mineur », *D.* 2009, p. 2651.

RICHARD (M.), TABARD (V.), « Quel est le rôle d'un ministère de la "jeunesse" ? », *Agora débats/jeunesses*, 2001, n° 25, pp. 39-43.

RICHET-MASTAIN (L.), « Reconnaître son enfant : une démarche de plus en plus fréquente et de plus en plus précoce », *INSEE première*, octobre 2006, n°1105.

RIZZO (F.), « Les opérations bancaires du mineur non émancipé », *RJPF* 2000-4/12.

ROBERT (P.),

- « L'assistance éducative à travers la jurisprudence (second tableau de jurisprudence) », *JCP G* 1970, I, p. 2312.
- « Une autre assistance éducative », *RTD civ.* 1972, p. 26.

ROBIN (P.), « Le point de vue des jeunes. Mesures de protection de l'enfance », *Les cahiers dynamiques*, 2010, n°46, pp. 43-51.

ROCHE DOMINGUEZ (C.), « Le secret médical chez les patients mineurs », *JDD* 2012/3, n°313, pp. 25-29

ROCHFELD (J.), « Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale », *RTD. civ.* 2002, p. 377.

ROGUE (F.),

- « La grossesse des adolescentes : aspects juridiques », *Soins Pédiatrie/Puériculture* 2016, vol. 37, n°291, p. 19.
- « L'enfant du mineur à l'épreuve du droit de la santé », *RDSS* 2016, p. 722.

ROMAN (D.), « L'usager vulnérable », *RFDA* 2013, p. 486.

ROUAST (A.), « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale », *JCP* 1975, I, p. 1917.

ROSENCVEIG (J.-P.),

- « Une rénovation de la protection de l'enfance au service des enfants », *AJ. fam.* 2007, p. 57.
- « Le scandale des "enfants volés" de Grande Bretagne », *JDJ* 2011/10, n°310, pp. 10-11.
- « La loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant », *JDJ* 2016/3 (n°353), pp. 16-36.

RUBELLIN-DEVICHI (J.),

- « Le droit est-il adapté aux adolescents ? », in *Dr. enfant fam.* n°33, 1991/2, p. 123.
- « Les perspectives d'évolution de la famille et le droit », in *Du politique et du social dans l'avenir de la famille*, Paris 6-7 février 1990, Haut Conseil de la Population et de la famille, La doc. fr. 1991, p.41.
- « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* 1994, I, p. 3739.

SALVAGE-GEREST (P.),

- « Article 391 du Code civil, tutelle aux biens ou tutelle complète ? À propos de l'arrêt de Cass 1ère Civ, 24 octobre 2000 », *Dr. fam.* n°9, septembre 2001, chron 19.
- « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ, art 458, Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.* n°3, mars 2009, étude 17.

SALVAGE-GEREST (P.), (suite)

- « Minorité. - Émancipation », in *J.-Cl. civ Code*, art. 413-1 à 413-8, fasc. unique, octobre 2015.
- « Réforme de la protection de l'enfant », *AJ. fam.* 2016, p. 199.
- « Minorité, administration légale », in *J.-Cl. Civ. Code*, art. 382 à 386, fasc. 20, avril 2016.

SAUVAGE (F.), « L'incidence du travail du jeune majeur sur le devoir d'entretien et d'éducation », *AJ. fam.*, 2013, p. 220.

SAYN (I.), « Le critère de charge d'enfant, quels usages ? », *Revue des politiques sociales et familiales*, 1997, pp. 51-64.

SERIAUX (A.), « "Tes père et mère tu honoreras" réflexion sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTD. civ.* 1986, p. 265.

SHADILI (G.), « Adolescents et jeunes adultes », *L'information psychiatrique*, janvier 2014, pp. 11-19.

SIBERTIN-BLANC (D.), « Le bébé de mère adolescente, à qui appartient-il ? », *Revadosanté, Revue de médecine et santé de l'adolescent*, décembre 2001, n°2.

SIFFREIN-BLANC (C.), BONIFAY (E.), « Regards critiques sur les mesures de protection », *AJ. fam.* 2017, p. 333.

SIRANYAN (V.), TABOULET (F.), « La contraception d'urgence délivrée aux mineures : enjeux de sécurité et de santé publique », *RGDM* 2015, n°21, p. 215.

SOSSON (J.), « Le statut juridique des familles recomposées en Europe : quelques aspects de droit comparé », in *Les recompositions familiales aujourd'hui*, M. Th. Meulders Klein et I. Théry (dir.), Nathan, 1993, p. 299.

STOUFFLET (J.),

- « L'abandon d'enfants », *RTD civ.* 1959, p. 627.
- « L'activité juridique du mineur non émancipé », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur P. Voirin*, éd. Librairie générale de Droit et de jurisprudence, 1966, p.790.

TAGLIONE (C.), « Le personne de confiance : facteur de progrès ou source de difficultés à venir ? » *Rev. gén. dr. méd.*, 2005, p. 397.

TALLON (I.), « Y a-t-il deux régimes d'émancipation ? », *JCP G* 1972, I, p. 2482.

TERRÉ (F.), « À propos de l'autorité parentale », *Archive philosophique du droit*, t. 20, 1975, p. 45.

THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), « Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », *Dr. fam.* 2014, n° 9, dossier 2.

THIERRY (J.-B.), « Le rôle de l'autorité parentale dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs », *LPA* 7 janvier 2008, p. 4.

TIELEMAN (N.), « Vers une Convention internationale du droit des jeunes », *JDJ* n° 310, décembre 2010, pp. 12-14.

TOULEMON (L.), « Les étapes vers l'âge adulte : vers un nouveau statut des femmes », in *Constance et inconstances de la famille*, H. Léridon, C. Villeneuve-Gokalp (dir.), INED, Travaux et documents, éd. PUF, 1994, pp. 165-181.

VAUVILLÉ (F.),

- « La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale », *D.* 1990, p. 283.
- « Du principe de coparentalité », *LPA* 18 octobre 2002, p. 4.

VERDIER (P.), « Prise en charge au titre de l'aide sociale à l'enfance de frais d'hébergement de famille », *JDJ* 2011/1, n°301, p. 33.

VERHEYDE (T.), « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ. fam.* 2012, p. 257.

VERKINDT (P.-Y.), « La pré majorité et le droit du travail », in *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant*, La doc. fr., 1993.

VERSINI (D.), « Autorité parentale et droits des tiers », *D.* 2009, p. 1072.

VIENNOIS (J.-P.), « La représentation de l'enfant dans le contrat médical », *RGDM* n°17, 2005.

VIGNEAU (D.), « L'autonomie du mineur en matière de santé », in *La condition juridique du mineur*, J.-J. Lemouland (dir.), éd. Litec, 2003.

VIGNON-BARRAULT (A.), « Droit à réparation. - Responsabilité du fait d'autrui. - Domaine. Responsabilité des père et mère », in *J.-Cl. civ. Code*, art. 1240 à 1245-17, fasc. 141, février 2019.

VILLENEUVE-GOKALP (C.), « Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009 », *Population*, 1/2011 (vol. 66).

VINEY (G.),

- « La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance », *JCP* 1985, I, p. 3189.
- « Vers un élargissement de la catégorie des personnes dont on doit répondre : la porte entrouverte à une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil », *D.* 1991, chron. p. 157.

VISMARD (M.), « La notion « d'enfant abandonné » au sens de l'article 368 du code civil », *JCP* 1956, I, p. 1315.

VOLTZENLOGEL (M-C), (dir.) « Prise en charge de la grossesse chez la mineure de moins de 15 ans : un challenge multidisciplinaire », *J. Gynecol. Obstet. Biol. Reprod.*, 2013, <http://dx.doi.org/10.1016/j.jgyn.2013.07.005>.

WEBER (J-C), ALLAMEL-RAFFIN (C.), RUSTERHOLTZ (T.), PONS (I.), GOBATO (I.), « Les soignants et la décision d'interruption de grossesse pour motif médical : entre indications cliniques et embarras éthiques », *Sciences sociales et santé*, 1/2008 (vol. 26), pp. 93-120.

WILLMANN (C.), « Condition de travail et d'hébergement contraire à la dignité », in *Rep. pèn.*, Dalloz, octobre 2003, (actualisation mars 2014).

XUEREB (M.), « Une nouvelle politique de l'aide sociale à l'enfance », *RDSS* 1981, p. 317.

IV- NOTES ET OBSERVATIONS

AGOSTINI (E.),

note ss. CA Bordeaux, 6ème ch. civ., 19 avril 2005, *D.* 2005, IR p. 1113.
note ss. TGI Bordeaux, 1re ch. civ., 27 juillet 2004, *D.* 2004, Jur. p. 2392.

AUTEM (D.),

obs. ss. Civ. 1ère, 10 mai 1995, *D.* 1996. somm. p. 238.
obs. ss. CA Metz, 4 décembre 1995, *D.* 1997. somm. p. 283.

AUBERT (J.-L.),

note ss. Ass. plén., 29 mars 1991, n°89-15.231, *Defrénois* 1991, art. 35062, p. 729.

BACHELIER (G.),

concl. ss. CE, 8^{ème} et 9^{ème} sous-sect., 7 janvier 2000, req. n°203069, *Dr. fisc.* 2000, n°10,
comm. p. 179 ; *RJF* 2000, n° 145.

BAQUET (M.),

concl. ss. CE, 23 février 1979, *AJDA*, décembre 1979, p. 31.

BERNAND (Y.),

note ss. CEDH 16 février 2016, n°72850/14, Soares de Melo c/ Portugal, *Dr. fam.*
2016, comm. p. 123.

BERNIGAUD (S.),

note ss. Civ. 1ère, 3 décembre 1991, n°90-05011, *JCP G* 1993, I, p. 3639, n° 47.

BICHERON (F.),

obs. ss. CA Riom, 17 décembre 2002, *AJ. fam.* 2003, p. 383.
obs. ss. Civ. 1ère, 6 avril 2004, n°03-19.026, *AJ. fam.* 2004, p. 241.
obs. ss. Civ. 1ère, 12 mai 2004, *AJ. fam.* 2004, p. 280.

BIDEAU (C.),

obs. ss. Civ. 1ère, 19 septembre 2007, *JCP G* 2008, I, p. 102, n°6.

BLANC (E.),

note ss. Civ., 15 février 1956, *D.* 1956, Jur. p. 410.
obs. ss. C. cass. 1^{ère} civ. 6 mars 2001, *RJPF* 2001-6/35

BLARY-CLÉMENT (É.),

obs. ss. Civ. 2ème, 22 janv. 1992, *D.* 1993, somm. p. 127.

BLAY-GRABARDAZYK (E.),

note ss. CEDH, Zambotto Pérrin c/ France, 23 septembre 2013, n°4962/11, *JCP* 2013,
p. 1909.

BON (E.),

note ss. CE, Sect., 11 février 2005, GIE Axa Courtage, *RFDA*, mai-juin 2005, p. 602.

BONFILS (P.) et GOUTTENOIRE (A.),

- obs. ss. CE 27 juin 2008, Mme Étarh, « panorama droits de l'enfant » *D.* 2009, p. 1918.
- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, *D.* 2009, p. 1918.
- obs. ss. CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, n° RG 11/00127, *D.* 2012, p. 2267.
- obs. ss. CA Dijon, 4 juillet 2012, Président Du Conseil Général De La Côte d'Or c/ l'Association Beaunoise de Protection de l'Enfance, n°12/00315, *D.* 2013, p. 2073.
- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n°11-25946, *D.* 2013, p. 2073.
- obs. ss. CEDH, 30 novembre 2017, n°37283/13, Strand Lobben et autres c/ Norvège, *D.* 2018, p. 1664.

BOULANGER (F.),

- obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 1981, *JCP G* 1983, II, p. 19952.

BRUGGEMAN (M.),

- note ss. Ch. mixte, 9 février 2001, n°98-18661, *RDSS* 2001, p. 833.

CARBONNIER (J.),

- note ss. Civ., 31 octobre 1934, *DP* 1935, 1, p. 52.
- note ss. CA Paris, 30 avril 1959, *D.* 1960, p. 673.

CHABAS (F.),

- note ss. Ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 513.
- obs. ss. Civ. 2^{ème}, 25 janvier 1995, *Dr et patr.* 1995, n°33, p.103.
- note ss. Crim., 10 octobre 1996, *JCP* 1997, II, p. 22833.
- note ss. Civ. 2^{ème}, 19 février 1997, n°97-2111, *Gaz. Pal.* 1997, 2, p. 572.
- note ss. Civ. 2^{ème}, 6 juin 2002 [trois arrêts] : n°00-12014, n°00.15606 et joints n°00.18286, n°00.19694 et n°00-19.922, *RJPF* 2002, p. 20.

CHABERT (C.),

- note ss. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n°02-20.613 et 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, n°02-16.336 *JCP* 2005, II, p. 10115.

CHÉNEDÉ (F.),

- obs. ss. TGI Paris, 2 juillet 2004, *AJ. fam.*, 2004, p. 361.
- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004, n°03-05.056, *AJ. fam.* 2005, p. 20.
- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, *AJ. fam.* 2006, p. 159.
- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n°05-17618, *AJ. fam.* 2007, p. 189.
- note. ss TGI Lille, JAF, 11 décembre 2007, n°06-05918, *AJ. fam.* 2008, p. 119.
- obs. ss. Ch. crim., 8 janvier 2008, n°07-81725, *AJF* 2008, p. 170.
- obs. ss. CE 27 juin 2008, Mme Étarh, *AJ. fam.* 2008, p. 342.
- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 Juillet 2009, n°08-20.153, *AJ. fam.* 2009, p. 350.
- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 23 juin 2010, n°09-15.129, *AJ. fam.* 2010, p. 433.
- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n°09-12623, *AJ. fam.* 2010, p. 394.
- obs. ss. C. consti, décembre 16 mai 2012, n°2012-248, QPC, *AJ. fam.* 2012.

CHEYNET DE BEAUPRÉ (F.),

- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, n°15-28935, *RJPF* 2017-3/40.

CORPART (I.),

- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, *RJPF* 208-6/39.
- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, n°12-22956, *RJPF* 2013-12/33.
- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, n°14.11392, *RJPF* 2015-4/27.

CRISTOL (D.),

obs. ss., Ch. crim., 8 janvier 2008, n°07-81725, *RDSS* 2008, p. 376.

note ss. CE 17 déc. 2008, n°301705, *RDSS* 2009, p. 374.

note ss. CE, 3 juin 2009, n°300924, *RDSS* 2009, p. 768.

DE LAMY (B.),

note ss. CEDH, 19 septembre 2000, Benjamin G. c/ France, *Dr. fam.* 2000 comm. p. 150.

DE MONTERA (F.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 8 janvier 1957, *JCP G* 1957, II, p. 9903.

DE THÉVENARD (Y.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 18 décembre 1996, *Dr. et patr.* février 1997, n°188.

DECHEIX (P.),

note ss. TGI Châlons-sur-Marne, 16 février 1972, *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 477.

DEJEAN DE LA BÂTIE (N.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 29 avril 1976, *JCP* 1978, II, p. 18793.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.),

note ss. CA Dijon, 4 juillet 2012, Président Du Conseil Général De La Côte d'Or c/ l'Association Beaunoise de Protection de l'Enfance, n°12/00315, *LPA* 12 août 2013, n°160, p. 3.

DELAGE (F.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n° 09-16839, *AJ. fam.* 2011, p. 44.

DELAPORTE-CARRÉ (C.),

obs. ss. CEDH Evans c/ Royaume-Uni, Gde ch., 10 avril 2007, n°6339/05, *D.* 2007, p. 1202.

DELBECQUE (Ph.),

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 25 janvier 1995, *D.* 1995, somm. p. 232.

DELMAS (C.),

obs. ss. CEDH, 30 novembre 2017, n°37283/13, Strand Lobben et autres c/ Norvège, *Dr. fam.* 2018. comm. p. 31.

DEMONT (L.),

C. Cass., ass. plén., 29 juin 2001, n°99-85.973, *Dr. pénal*, 2001, chron. p. 34.

DESBOIS (H.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 janvier 1957, *RTD civ.* 1957, p. 316.

DEVILL (L.-M.),

note ss. Civ., 18 juin 1944, « Marchais », *DP* 1944, 1, p. 123.

DONTANWILLE (M.),

concl. Ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, *JCP G* 1991, II, p. 21673.

DOUCET (F.),

note ss. Ch. Crim., 11 déc. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 2, p. 654.

DOUCHY-LOUDOT (M.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 Juillet 2009, n°08-20.153 ; *D.* 2010. Pan. 989.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, n°11-19.377, *D.* 2013. Pan. 798.

DOURIS (M.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, n°09-66.133, *AJ. fam.* 2011, p. 45.

DUBAELE (T.),

note ss. CA Bordeaux 4 décembre 1991, *D.* 1993, p. 129.

DUPRÉ DE BOULOIS (E.),

obs. ss. CE, 11 février 2005, n°252169, *Dr. fam.* 2005, comm. p. 173.

DURAND (E.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 9 juin 2010, n°09-13.390, *AJ. fam.* 2010, p. 325.

DURRY (G.),

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 6 juillet 1978, *RTD civ.* 1979, p. 387.

EGÉA (E.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n°09-65208, *D. actu.* 11 juin 2010.

EUDIER (F.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, n°05-05007, *RJPF* 2006-12, p. 20.

obs. ss. Ch. crim., 23 septembre 2008, n°08-80489, *RJPF* 2008-12, p. 29.

ESMEIN (P.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 12 octobre 1955, *JCP G* 1955, II, p. 9003.

FABRE (P.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, n°09-66.133, *RDSS* 2011, p. 169.

FAVIER (Y.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 05 novembre 1996, n°96-11.073, *JCP G* 1996, I, p. 3946, n°8.

note ss. Civ. 1^{ère}, 13 janvier 1998, n°96-05.136, *JCP* 1998, chron. p. 151.

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 14 janvier 1998, n°96-15.327, *JCP* 1999, I, p. 101.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 23 novembre 2011, n°10-30714, *JCP* 2012, p. 49.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, n°15-28935, *JCP G* 2017, octobre 186, n° 15.

FOSSIER (T.),

note ss. TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP* 1990. II. 21514.

note ss. Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, no 96-19.759, *Dr. fam.* n°58.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, n°98-05044, *JCP* 1999, I, p. 160.

note ss. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2000, *JCP G*, 2001, II, p. 10529.

note ss. Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, n°98-20.340, *JCP* 2001, II, p. 10548.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *JCP G* 2002, I, p. 165, n°12.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, n°03-05025, *JCP G* 2004, I, n°5.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004, n°03-05.056, *JCP* 2005. I. 116.

FOSSIER (T.), (suite),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *JCP G* 2005, I, p. 199, n° 12.
note ss. CA Amiens, 8 novembre 2007, *Dr. fam.* 2008, comm. p. 64.

FULCHIRON (H.),

obs. ss. CA Caen, 7 juin 2017, n°16/01314, *Dr. fam.*, novembre 2017, comm. p. 224.

GAILLARD (S.),

note. ss. Ass. plén., 28 mai 1982, n° 79-13660, *D.* 1983, p. 349.

GALLMEISTER (I.),

obs. ss. CA Angers, 1^{ère} ch. B du 26 janvier 2011, *D.* 2011, p. 1053.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, *D.* 2013, p. 499.
obs. ss. TGI Paris, 22 février 2013, *AJ. fam* 2013, p. 232.

GALLOUX (J.-C.), GAUMONT-PRAT (H.),

obs. ss. CEDH Evans c/ Royaume-Uni, Gde ch., 10 avril. 2007, n°6339/05, *D.* 2008, p. 1435.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, *D.* 2014, p. 843.

GARÉ (Th.),

note ss. CA Versailles, 29 septembre 1989, *D.* 1992, p. 67.
note ss. Civ. 1^{ère}, 6 mars 1990, n°87-14.293, 2^{ème} esp., *JCP* 1991, II, p. 21664.
obs. ss. CA Paris, 1^{ère} ch. C, 6 novembre 1997, *Gaz. Pal.* 1997, 2, jurispr., p. 703.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1998, *JCP* 1999, II, 10053.
note ss. T.I. Quimperlé, ord. juge des tutelles, 16 octobre 1999, *JCP G.*, 2000, p. 303.
note ss. Lyon, 22 mai 2001, *JCP* 2002, II, p. 10177.

GARÉ-ARDEEF (I.),

note ss. C. cass., 1^{ère} civ., 05 novembre 1996, n°96-11.073, *JCP G.* 1997, II, p. 22749.

GAURY (C.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1973, *D.* 1974, p. 135.
note ss. Civ. 1^{ère}, 6 mars 1974, *D.* 1974, p. 329.

GHESTIN (J.),

note ss. Ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, *JCP G* 1991, II, p. 21673.

GIRAULT (C.),

note ss. CEDH Pretty c/ Royaume-Uni, 29 avril 2002, n°2346/02, *JCP G* 2003, II, p. 10062.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *D.* 2005, p. 2825.

GOUTTENOIRE (A.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, n°94-05102, *D.* 1996, p. 420.
note ss. Civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, n°98-14479, *JCP* 2000. II. p. 10374.
obs. ss. CEDH Gnahoré c/ France, 19 septembre 2000, n°40031/98, *RDP.* 2001, p. 682.
obs. ss. Ch. mixte, 9 février 2001, n°98-18661, *Dr. fam.* 2001, comm. p. 53.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n°02-20.613 et 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, n°02-16.336, *Dr. fam.* 2005, comm. p. 156.

GOUTTENOIRE (A.), (suite),

- note ss. Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *Dr. fam.* 2006, comm. p. 77.
obs. ss. CEDH du 17 juillet 2012, M.D. et A c/ Malte, req. no 64791/10, *Dr. fam.* 2013, Étude 3, n 7.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, *JCP* 2009, I, p. 102.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 9 juin 2010, n°09-13.390, *JCP* 2010, p. 911.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n°09-12623, *JCP* 2010, p. 994.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 12 avril 2012, n°11-20.357, *D.* 2012, Pan. 2267.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, n°11-19.377, *D.* 2012, Pan. 2267.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 15 mai 2013, n°12-12.224, *D.* 2013, Pan. 2073.

GOUTTENOIRE (A.), ROGET (N.),

- obs. ss. Civ. 2^{ème}, 6 juin 2002 [trois arrêts] : n°00-12014, n°00.15606 et joints n°00.18286, n°00.19694 et n°00-19.922, *JCP G* 2003, II, p. 10068.

GROUDEL (H.),

- obs. ss. Crim., 8 janvier 2008, n°07-81725, *Resp. civ. et assur.* 2008, comm. p. 88.

GRANET-LAMBRECHTS (F.) et STRICKLER (Y.),

- note ss. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n°02-20.613 et Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n°02-16.336, *JCP* 2005, II, p. 10081.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n°07-11.273, *D.* 2008, p. 773.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 Juillet 2009, n°08-20.153 ; *D.* 2010, Pan. 1442.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, *D.* 2006, p. 1139.

GRATADOUR (H.),

- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, n°04-05019, *AJ. fam.* 2005, p. 273.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *AJ. fam.* 2006, p. 288.

GRIMALDY (M.),

- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n°11-26728, *RTD. civ.* 2013, p. 421.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n°14-18856 et n°14-20146, *RTD. civ.* 2015, p. 668.

GROUDEL (H.),

- note ss. Crim., 8 février 2005, n°03-87447, *RCA* 2005, n°119.

GUYOMAR (H.),

- note. ss. CE, 17 décembre 2008, n°301705, *Gaz. Pal.* 16 mai 2009, p. 11.

GUETTIER(Ch.),

- obs. ss. CE, 11 février 2005, n°252169, *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. p. 192.

HAUSER (J.),

- obs. ss. Civ. 2^{ème}, 22 janv. 1992, *RTD. civ.* 1992, p. 379.
obs. ss. Ass. Plén., 11 décembre 1992, *RTD. civ.* 1993, p. 325.
obs. ss. Civ. 2^{ème}, 2 mars 1994, *Bull. civ* II, n°77 ; *RTD. civ.* 1994, p. 847.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 18 octobre 1994, n°92-21.735, *RTD. civ.* 1995, p. 600.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1994, *RTD. civ.* 1995, p. 327.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *RTD. civ.* 1996, p. 382.
obs. ss. Civ. 2^{ème}, 25 janvier 1995, *RTD. civ.* 1995, p. 614.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, n°93-14.375, *RTD. civ.* 1995, p. 614.

HAUSER (J.), (suite)

- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, n°96-11.073, *RTD. civ.* 1997, p. 98.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 mars 1997, *RTD. civ.* 1997, p. 634.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, n°97-13248, *RTD. civ.* 1999, p. 360.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 27 septembre 1999, *RTD. civ.* 2000, p. 102.
obs. ss. Crim. 28 mars 2000, *RTD. civ.* 2000, p. 545.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, n°98-20.340, *RTD. civ.* 2001, p. 109.
obs. ss. Ch. mixte, 9 février 2001, n°98-18661, *RTD. civ.* 2001, p. 333.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *RTD. civ.* 2001, p. 867.
obs. ss. Ass. Plén., 29 juin 2001, n°99-85.973, *RTD. civ.* 2001, p. 560.
obs. ss. CEDH *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n°2346/02, *RTD. civ.* 2007, p. 545.
obs. ss. ch. réun., 1^{er} mars 2004, n°03-00003, *RTD. civ.* 2004, p. 498.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004, n°03-05056, *RTD. civ.* 2005, p. 100.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *RTD. civ.* 2006, p. 103.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, *RTD. civ.* 2006, p. 104.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, *RTD. civ.* 2006, p. 297.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *RTD. civ.* 2006, p. 299.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n°04-05097, *RTD. civ.* 2007, p. 88.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n°05-17618, *RTD. civ.* 2007, p. 328.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007, *RTD. civ.*, 2008, p. 100.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2008, n° 07-16.094, *RTD. civ.* 2008, p. 655.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n°08-20.153, *RTD. civ.* 2009, p. 708.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 9 juin 2010, n°09-13.390, *RTD. civ.* 2010, p. 546.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, TGI Annecy, 1^{er} juillet 2010, *AJ. fam.* 2010, p. 433.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n°09-12623, *RTD. civ.* 2010, p. 547.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, n°09-66.133, *RTD. civ.* 2011, p. 101.
note ss. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n°11-30.262 *RTD. civ.* 2012 p. 502.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, n°11-19.377, *RTD. civ.* 2012, p. 523.
note ss. CA Dijon, 4 juillet 2012, *Président Du Conseil Général De La Côte d'Or c/ l'Association Beaunoise de Protection de l'Enfance*, n°12/00315, *RTD. civ.* 2013, p. 818.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, *RTD. civ.* 2013, p. 344.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n°11-26728, *RTD. civ.* 2013, p. 346.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 06 novembre 2013, n°12-23766, *RTD. civ.* 2014, p. 84.
obs. ss. Avis, 24 mars 2014, n°13-70.010, *RTD. civ.* 2014, p. 336.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2014, n°12-29.803, *RTD. civ.* 2014, p. 875.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 18 novembre 2015, n°14-21.286, *RTD. civ.* 2016, p. 93.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, n°15-28935, *RTD. civ.* 2017, p. 117.

HAZOU (V.),

- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n°05-17618, *Gaz. Pal.* 2008, n°328-330, p. 29.

HÉBRAUD (J.),

- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 22 février 1972, n°68-13442, *RTD. civ.* 1972, p. 627.

HOLLEAUX (G.),

- note ss. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1960, *D.* 1960, p. 510.

HUET (J.),

- obs. ss. Ass. plén., 9 mai 1984, n°80-93031, *RTD. civ.* 1984, p. 508.

HUYETTE (M.),

note ss. Cass. crim., 10 octobre 1996, n°95-84.187, *D.* 1997, p. 309.

HUYETTE (M.), (suite)

note ss. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *D.* 2001, p. 3387.

note ss. Civ. 2^{ème}, 6 juin 2002 [trois arrêts] : n°00-12014, n°00.15606 et joints n°00.18286, n°00.19694 et n°00-19.922, *D.* 2002, p. 2750.

note ss. ch. réun., 1^{ère} mars 2004, n°03-00003, *D.* 2004, p. 1627.

note ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *D.* 2006, p. 1947.

note ss. Civ. 1^{ère}, 9 juin 2010, n°09-13.390, *D.* 2010, p. 2343.

ILLY (M.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 18 novembre 2015, n°14-21.286, *AJ. fam.* 2016, p. 49.

JOLY (J.),

obs. ss. Ass. plén., 29 juin 2001, n°99-85.973, *Dr. fam.* 2001. chron. p. 22.

JOURDAIN (P.),

note ss. Ass. plén., 9 mai 1984, n°80-93031, *JCP* 1984. II. p. 20526.

note ss. Ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, *RTD. civ.* 1991, p. 541.

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 18 septembre 1996, n° 94-20580, *RTD. civ.* 1997, p. 436.

note ss. Civ. 2^{ème}, 19 février 1997, n°97-2111, *D.* 1997, p. 265.

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, n°98-14479, *RTD. civ.* 2001, p. 603.

obs. ss. Crim. 28 mars 2000, *RTD. civ.* 2000, p. 586.

note ss. Civ. 2^{ème}, 6 juin 2002 [trois arrêts] : n°00-12014, n°00.15606 et joints n°00.18286, n°00.19694 et n°00-19.922, *RTD. civ.* 2002, p. 825.

JOSSERAND (L.),

rapp. ss. Civ. 1^{ère}, 20 mai 1936, *D.* 1936, p. 88.

JULIEN (J.)

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 6 juin 2002 [trois arrêts] : n°00-12014, n°00.15606 et joints n°00.18286, n°00.19694 et n°00-19.922, *Dr. fam.* 2002, comm. p. 109.

LA MESTA (M.), LEBORGNE (J.), BARBE (É.),

obs. ss. avis, 1er mars 2004, n°004 0001P, *AJ. fam.* 2009, p. 216.

LAUDE (A.),

obs. ss. Cass. Crim., 21 oct 1998, *RDSS* 1999.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, *Dr. fam.* 2010, n° 177.

LARROUMET (C.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 24 novembre 1976, *D.* 1977, p.595.

note ss. Ass. plén., 29 mars 1991, n°89-15.231, *D.* 1991, jurispr. p. 324.

LAYDU (J.-B.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 6 juin 2002 [trois arrêts] : n°00-12014, n°00.15606 et joints n°00.18286, n°00.19694 et n°00-19.922, *LPA*, 16 janvier 2002, n°12, p. 18.

LEMAIRE (F.),

note ss. CE, 11 février 2005, n°252169, *D.* 2005, p. 1762.

LEMOULAND (J.-J.)

obs. ss. TGI Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 27 juillet 2004, *D.* 2004, somm. p. 2965.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, *D.* 2006, p. 1414.

LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, *D.* 2013, p. 1089.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2015, *D.* 2016, p. 1334.

LINDON (R.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 22 février 1972, n°68-13442, *JCP G* 1972, II, n°17111.

MARRAUD DES GROTTESCONSTANT (G.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *JurisData* n° 2005-030425, *Rev. Lamy Dr. civ.* 2006, n°23, 963, p.47.

MARGUÉNAUD (J.-P.),

obs. ss. CEDH Pretty c/ Royaume-Uni, 29 avril 2002, n°2346/02, *RTD. civ.* 2007, p. 295.

MARIA (I.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, n°09-66.133, *Dr. fam.* 2010, comm. p. 193.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n°11-25946, *Dr. fam.* 2013, comm. p. 124.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 06 novembre 2013, n°12-23766, *Dr. fam.* 2014, comm. p. 9.

MARLIAC-NEGRIER (C.),

note ss. CE, 26 mai 2008, n°290495, *LPA* 29 septembre 2008, p. 6.

MASSIP (J.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 30 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1982. 1. 391.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1981, *Defrénois* 1987, art. 33978, p.775.
note ss. Civ. 1^{ère}, 14 avril 1982, n°s 80-80014 et 80-80015, *D.* 1983, p. 294.
note ss. Civ. 1^{ère}, 8 novembre 1982, n°80-12.309, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 517.
note ss. Civ. 1^{ère}, 12 octobre 1983, n°82-16139, *Defrénois* 1984, art. 33230, n°5.
note ss. Civ. 1^{ère}, 26 juin 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 681.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 11 février 1986, *Defrénois* 1986, p. 728.
note ss. Civ. 1^{ère}, 16 fév. 1988, *D.* 1988, p. 373.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 fév. 1988, *Defrénois* 1988, art. 34255, n°49.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, n°86-16153, *Defrénois* 1988, p. 1024.
note ss. Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, n°86-16153, *Gaz. Pal.* 1989. 1, p. 43.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 juin 1988, *Defrénois* 1988, art. 34309, n°79.
note ss. Civ. 1^{ère}, 14 février 1989, n°86-80.038, *Gaz. Pal.* 1990. 1, p. 130.
note ss. Civ. 1^{ère}, 6 mars 1990, n°87-14.293, 2^{ème} esp., *Defrénois* 1990, p. 944.
note ss. Civ. 1^{ère}, 18 juin 1991, n°90-05030, *Defrénois* 1991, p. 1254 ; *Gaz. Pal.* 1992, somm. p. 10.
note ss. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *D.* 1992, jurispr., p. 51.
note ss. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, n°s 90-05.006 et 90-05.015, *D.* 1992, p. 51.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1991, n°90-05011, *Defrénois* 1992, p. 728.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 mai 1994, n°93-05.040, *Defrénois* 1994, p. 1448.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 18 octobre 1994, n°92-21.735, *Defrénois* 1995, p. 36024.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 2 novembre 1994, *Defrénois* 1995, p. 1027.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1994, *Defrénois* 1995, 36100, p. 734.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Defrénois* 1995, p. 36145.

MASSIP (J.), (suite)

- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, n°93-14375, *Defrénois* 1996, p. 339.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 octobre 1995, n°94-05075, *D.* 1996, p. 513.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, n°94-05102, *Defrénois* 1996, p. 724.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 mars 1997, *Defrénois* 1997, p. 1338.
note ss. Civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, n°98-05044, *Dr. fam.* 1999, comm. p. 135.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, n°98-20340, *Defrénois* 2001, p. 37287.
obs. ss. Civ. 2^{ème}, 26 sept. 2002, *Defrénois* 2003, art. 37727, n° 36, et *Gaz. Pal.* 15-19 août 2003. somm.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, n°03-05025, *Defrénois* 2003, p. 1496.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n°02-20.613 et Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n°02-16.336, *Defrénois* 2005, pp. 1418 et 1493.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *Defrénois* 2006, p. 350.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, *Defrénois* 2006, p. 343.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, *Defrénois* 2006, art. 38415.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n°11-26728, *AJF* 2013, p. 239.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n°11-25946, *Defrénois* 2013, p. 972.

MATTER (P.),

- concl. ss. Civ. 1^{ère}, 20 mai 1936, *D.* 1936, p. 88.

MATUTANO (E.),

- note ss. CE, Sect., 11 février 2005, GIE Axa Courtage, *LPA*, 1^{er} juin 2005, p. 8.

MAYAUD (Y.),

- note ss. C. Cass., ass. plén., 29 juin 2001, n°99-85.973, *D.* 2001. chron. p. 2917.
obs. ss. ch. Crim., 23 février 2000, n°9982.817, *RSC* 2000, p. 610.

MAYER-JACK (A.),

- note ss. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 1969, *JCP*, 1969. II. p. 16111.

MAZEAUD (D.),

- obs. ss. Civ. 2^{ème}, 19 février 1997, n°97-2111, *D.* 1997, somm. p. 290.
obs. ss. Crim. 28 mars 2000, *D.* 2000, somm. p. 466.
obs. ss. Civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, n°99-11287, *D.* 2002, somm. p. 1315.

MILLERIOUX (G.),

- obs. ss. CEDH, 22 juin 2017, B. et C. c/ Italie, n°37931/15, *Dr. fam.* 2017. comm. p. 210.
obs. ss. CEDH, 26 avril 2018, Mohamed H. c/ Norvège, n°27496/15, *Dr. fam.* 2018, comm. p. 181.

MÉMETEAU (G.),

- note ss. Ass. plén., 11 décembre 1992, *JCP* 1993, II, p. 21991.

MOLIÈRE (A.),

- obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 mars 2016, n°15-10780, *Dr. fam.* 2016, comm. p. 107.

MONÉGER (F.),

- note ss. T.I. Quimperlé, ord. juge des tutelles, 16 octobre 1999, *JCP G.*, 2000, p. 303.
obs. ss. Civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, n°03-05025, *RDSS* 2003, p. 480.
note ss. Civ. 1^{ère}, 6 avril 2004, n°03-19.026, *RDSS* 2004, p. 691.

MONÉGER (F.), (suite)

note ss. Civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004, n°03-05056, *RDSS* 2005, p. 304.

MORNET (H.),

obs. ss. Avis, 24 mars 2014, n°13-70.010, *AJ. fam.* 2014, p. 372.

MOREAU (J.),

obs. ss. CE, 11 février 2005, n°252169, *JCP A* 2005, p. 1132.

MOULY (J.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, *JCP* 1995, II, n°22550.

note ss. Civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, n°99-11287, *JCP* 2001, II, p. 10614.

MURAT (P.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 1^{ère} octobre 1996, n° 94-13217, *Dr. fam.* 1997, comm. p. 25.

note ss. Civ. 1^{ère}, 13 janvier 1998, n°96-05.136, *Dr. fam.* 1998, n°97.

note ss. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1999, *Dr. fam.* 2000, n°4.

note ss. Civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999, n°97-05026, *Dr. fam.* 2000, comm. p. 21.

obs. ss. CA Montpellier, 10 février 2004, *Dr. fam.* 2004, p. 221.

note ss. Civ. 1^{ère}, 6 avril 2004, n°03-19026, *Dr. fam.* n°7-8, Juillet 2004, comm. p. 120.

note ss. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, *Dr. fam.* 2004, comm. p. 143.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, *Dr. fam.* 2006, comm. p. 89.

obs. ss. CA Nancy, 3^{ème} ch., 3 avril 2006, *Dr. fam.* 2007, comm. p. 56.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, *Dr. fam.* 2006, comm. p. 124.

note ss. Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n°05-17618, *Dr. fam.* 2007, n°104.

obs. ss. TGI Lille, JAF, 18 décembre 2007, n°06/06114, *Dr. fam.* 2008, comm. p. 58.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, *Dr. fam.* 2008, p. 17.

NERSON (R.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 28 juin 1965, *RTD civ.* 1967, p. 136.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 29 novembre 1965, *RTD civ.* 1967, p. 138.

note ss. TGI Châlons-sur-Marne, 16 février 1972, *RTD civ.* 1973, p. 124.

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 16 mai 1973, *RTD civ.* 1974, p. 139.

NEIRINCK (C.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, *RDSS* 2006, p. 578.

note ss. TGI Bayonne, 26 octobre 2011, n°11/00950, *Dr. fam.*, 2011, comm. p. 179.

obs. ss. CA Fort-de-France, 26 novembre 2010, n°10/000032, *Dr. fam.* 2011, comm. p. 97.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, n°11-19.377, *Dr. fam.* 2012, p. 133.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n°11-22770, *Dr. fam.* 2013, comm. p. 68.

NIBOYET (F.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, n°99-11287, *LP4* 3 décembre 2001, no240, p.10.

NORGUIN (V.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2008, n° 07-16.094, *D.* 2008.2663.

PANSIER (F.-J.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *RJPF* 2006-1/17, p. 16.

PARICARD (S.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n°11-30.262, *RDSS* 2012, p. 880.

PATIN (M.),

note ss. Ch. crim., 13 décembre 1956, *D.* 1957, p. 349.

PEDRON (P.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, n°15-28935, *AJ. fam.* 2017, p. 138.

PÉCAULT-RIVOLIER (L.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2008, n° 07-16.094, arrêt n° 944 ; *AJ. fam.* 2008, p. 465.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, n°08-16835 et n°08-16836, *AJ. fam.* 2010, p. 87.

PETIT (C.),

concl. ss. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n°02-20.613 et 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, n°02-16.336 ; *JCP* 2005, II, n°10115.

PLAZY (J.-M.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2015, *D.* 2016, p. 1523.

PRADEL (J.),

note ss. Ass. plén., 29 juin 2001, n°99-85.973, *D.* 2001. chron. p. 2907.

PRIEU (E.),

note ss. CA Caen, 4 février 1988, *D.* 1989, Jur. p. 295.

PUERCHAVY (M.),

obs. ss. CEDH Gnahoré c/ France, 19 septembre 2000, n°40031/98, *RTDH* 2001n b°48, p. 1065.

RAOUL-CORMEIL (G.),

note ss. CA Caen, 2 fév. 2006, *D.* 2006, p. 2016.

note ss. Civ. 1^{ère}, 06 novembre 2013, n°12-23766, *D.* 2014, p. 467.

note ss. Civ. 1^{ère}, 06 novembre 2013, n°12-23766, *D.* 2014, p. 467.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2015, *D.* 2016, p. 875.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 mai 2017, n°15-24840, *AJ. fam.* 2017, p. 406.

RASSAT (M.-L.),

note ss. Ass. plén., 29 juin 2001, n°99-85.973, *JCP* 2001, II, p. 10569.

RAYNAUD (P.),

note ss. CA Paris, 18 décembre 1961, *JCP G* 1962, II, p. 12621.

note ss. Juge des enfants d'Évry, 8 novembre 1982, *D.* 1983, p. 220.

REBOURG (M.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 18 septembre 1996, n° 94-20580, *D.* 1998, p. 118.

note ss. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, no 09-16839, *Dr. fam.* 2011. étude 7.

REIGNIÉ (Ph.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, *Dr. fam.* 2013, n°48.

REXAND-POURIAS (M.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 6 juin 2002 [trois arrêts] : n°00-12014, n°00.15606 et joints n°00.18286, n°00.19694 et n°00-19.922, *LPA* 9 juillet 2003, n°136, p. 22.

RIVIER (M.-C.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, « Lejeune », *D.*1993, chron. p. 203.

RODIÈRE (R.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 12 octobre 1955, *D.* 1957, jurispr. p. 301.

note ss. Civ., 15 février 1956, *JCP* 1956, II, n°9564.

ROLIN (F.),

note ss. CEDH, 19 septembre 2000, Benjamin G. c/ France, *D.* 2001, p. 725.

ROMAN (D.),

note ss. Civ., 15 février 1956, *JCP* 1956, II, n°9564.

note ss. Evans c/ Royaume-Uni, Gde ch., 10 avril. 2007, n°6339/05, *RDSS* 2007, p. 810.

ROUAST (J.),

note ss. Civ., 27 novembre 1935, *DP* 1936. 1. p. 25.

ROUAULT (M.-C.),

obs. ss. CE 3 juillet 1996, « Paturel », *JCP* 1996. I. p. 2279.

note ss. CE, 11 février 2005, n°252169, *JCP G*, 2005, II, p. 10070.

SALVAGE-GEREST (P.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, n°98-20.340, *Dr. fam.* 2001, comm. p. 19.

SAINTE-ROSE (J.),

concl. ss. Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *Gaz. Pal.* 2005, p. 4131.

SAULIER (R.),

obs. ss. CEDH, 30 novembre 2017, n°37283/13, Strand Lobben et autres c/ Norvège, *AJ. fam.* 2018, p. 40.

SAVATIER (R.),

note ss. CA Poitiers, 26 avril 1923, *D.* 1923, 2, p. 121.

note ss. CA Poitiers, 10 janvier 1949, *D.* 1949, jurispr. p. 170.

note ss. Civ. 2^{ème}, 29 mai 1963, *JCP* 1964. II. p. 13651.

note ss. CE, 4 octobre 1968, *JCP* 1968, II, n°15668.

SAVAUX (É),

note ss. Civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, n°99-11287, *Defrénois* 2001, art. 37423.

SIFFREIN-BLANC (C.),

obs. ss. TGI Paris, 21 septembre 2012, n°11/44249, *AJ. fam.* 2012, p. 550.

STEINLÉ-FEUEURBACH (M.-F.),

note ss. Crim., 8 février 2005, n°03-87447, *JCP* 2005. II. p. 10049.

obs. ss. TGI Paris, 22 février 2013, *AJ. fam.*, 2012, p. 550.

SUDRE (F.),

obs. ss. CEDH Airey c/ Irlande, 9 octobre 1979, série A, n°32, GACEDH, PUF, 2011, n°2.

obs. ss. CEDH, 24 février 1995, n° 307-B, Mc Michael c/ Royaume-Uni, série A, *JCP G* 1996, I, p. 3910.

SUR (A.),

note ss. CA, Lyon, 24 décembre 1946, *JCP* 1947, II, n°3641.

THOURET (S.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, n°14.11392, *AJ. fam.* 2015, p. 282.

THOMAS-LE-DOUJET (F.),

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 25 octobre 1995, *D.* 1997, somm. p. 282.

TOURNAFOND (O.),

note ss. Civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, n°99-11287, *D.* 2001, p. 2851.

VALORY (S.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n°98-17.806, *RJPF* 2000-10/26.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 janvier 2002, *RJPF* 2002-4/49.

VASSALLO (B.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, n°11-19.377, *D.* 2012. chron. p. 2050.

VERHEYDE (T.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 06 novembre 2013, n°12-23766, *AJ. fam.* 2013, p. 717.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 06 novembre 2013, n°12-23766, *AJ. fam.* 2013, p. 717.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, *AJ. fam.* 2013, p. 182.

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2015, n° 14-25777, *AJ. fam.* 2016, p. 107.

VIGNEAU (D.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n°04-17.090, *D.* 2006, p. 897.

VINEY (G.),

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 25 janvier 1995, *JCP* 1995. I. p. 3853, n°15.

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, *JCP* 1995, I. 3893, n°9.

note ss. Civ. 2^{ème}, 19 février 1997, n°97-2111, *JCP* 1997. II. p. 22848.

obs. ss. Civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, n°98-14479, *JCP* 2001. I. p. 340.

obs. ss. Crim. 28 mars 2000, *JCP* 2000. I. p. 241, n°9.

obs. ss. Crim., 8 février 2005, n°03-87447, *JCP* 2005. I, p. 149, n°5.

VITSE (S.),

obs. ss. Civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, *D.* 1996, somm. p. 239.

VOIRIN (P.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 1963, *D.* 1964, p. 159.

ZELCEVIC-DUHAMET (A.),

note ss. Civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007, *JCP G* 2008, II, p. 10026.

V- RAPPORTS, COMPTES RENDUS DE DEBAT, DOSSIERS

ACADÉMIE DE MÉDECINE, *Faciliter l'adoption Nationale*, Bull. Acad. Natle Méd., 2011, 195, n°2, 431-446, séance du 22 février 2011.

ALFANDARI (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), MONÉGER (F.), VERDIER (P.), VERKINDT (P.-Y.), « Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant », in *rapport au secrétaire d'État à la famille, aux personnes âgées et aux rapatriés*, La doc. fr., coll. des rapports officiels, 1993.

AMSELLEM-MAINGUY (Y.), « Les grossesses à l'adolescence en France », les fiches repères, *INJEP*, octobre 2016.

ANDRÉ (M.), rapport d'information, Mariages forcés, crimes dits d'honneur, n°408 (2009-2010), 16 avril 2010, *Sénat*.

ANESM, « L'exercice de l'autorité parentale dans le cadre du placement », recommandation de bonne pratiques professionnelles, février 2010.

AUBIN (C.), JOURDIN (D.), rapport sur La prévention des grossesses non désirées : information, éducation, communication, octobre 2009, n°RM2009-118A, *IGAS*.

BAUDILLON (L.), DONVAL (E.), PATUREAU (J.), *Maternités adolescentes*, rapport réalisé pour le Ministère de la Solidarité, de la Santé et de la Protection Sociale, Paris, CNIDFF, 1990.

BERGER (M.), rapport sur le projet de loi n° 1297, relatif à l'interruption volontaire de grossesse, annexé au procès-verbal de la séance du 22 novembre 1974, *Assemblée nationale*.

BERTRAND de GREUILLE (M.), rapport au Tribunat, séance du 16 pluviôse an XII, in *Législation civile, commerciale, et criminelle*, éd. Locré, vol 4, partie II, n°11.

BÉTEILLE (M.), rapport sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale 14 novembre 2001, n°71, *Sénat*.

BIANCO (J.-L.), LAMY (P.), L'aide à l'enfance demain, contribution à une politique de réduction des inégalités, ministère de la Santé et de la Sécurité sociale, 1980, Etude et documents, France, *Ministère de la santé et de la sécurité sociale*.

BILLON (A.), rapport d'information n°262, sur les mariages forcés et les grossesses précoces, à l'occasion de la Journée internationale des droits des filles, 11 octobre 2018, *Sénat*.

BIZOT (J-C), « La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur : de la faute au risque », in *rapport annuel de la Cour de cassation*, 2002.

BLESSIG (M.), rapport. n°3557, portant réforme de la protection juridique des majeurs, 10 janvier 2007, *Assemblée nationale*.

BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), rapp. n°2832, L'enfant d'abord, de la Mission d'information sur la famille et les droits des enfants, 25 janvier 2006, *Assemblée nationale*.

BOULIN A., *Les adolescents et leur famille. Revue de littérature*, rapport d'étude de l'INJEP, août 2017, disponible à l'adresse <https://injep.fr/wp-content/uploads/2018/09/rapport-2017-05-rl-ado-famille.pdf>.

BOUSQUET (D.),

- Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception, 15 novembre 2000, n°2702, *Assemblée nationale*.
- Rapport relatif à l'accès aux origines personnelles, 23 mai 2001, n°3087, *Assemblée nationale*.

BRET (J.-P.), FABIUS (L.) Droits de l'enfant : de nouveaux espaces à conquérir, n°871, 1998, *Assemblée nationale*.

BROISSIA (L.), L'amélioration de la prise en charge des mineurs protégés, juillet 2005, *La doc. fr.*

CAPDEVEILLE (C.), rapport n°1808, sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée (n°1729), relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, 19 février 2014, *Assemblée Nationale*.

CAPELIER (F.) (dir.), *L'accompagnement vers l'autonomie des « jeunes majeurs »*, rapport d'étude ONED, La doc. fr., janvier 2015.

CHAMPENOIS (G.), rapport du Comité de réflexion sur les familles recomposées, *mission de recherche Droit et Justice*, sep.1998.

CHAPDELAINE (M.-A.), rapport n°1925, sur la proposition de loi n°1856, relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, du 7 mai 2014, *Assemblée Nationale*.

COLOMBANI (J.-M.), rapport sur l'adoption, 2008, *La doc. fr.*

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL ÉTHIQUE, avis n°58, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche, 12 juin 1998.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT des Nations unies et Conseil de l'Europe, « Enfants victimes : éradiquons toutes formes de violences, d'exploitation et d'abus », rec. 1723 [2005], 5 octobre 2005.

COMMISSION IVG, rapport *État des lieux et perspective d'évolution du système d'information*, juillet 2016, La doc. fr.

CONSEIL ÉCONOMIQUE SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, « La protection maternelle et infantile », avis, octobre 2014.

CONSEIL D'ÉTAT, *Statut et protection de l'enfant*, mai 1991, La doc. fr.

CONSEIL DE L'EUROPE,

- Recommandation sur Les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, 23 février 1999, Rec (1999)4.
- Comité des ministres du Conseil de l'Europe, sur *la participation des enfants et des jeunes de moins de 18 ans*, 28 mars 2012, CM/Rec(2012)/2.

CONSEIL de l'EUROPE, (suite)

- Protéger la santé et les droits sexuels et reproductifs, le carnet des droits de l'homme du commissaire, 21/06/2016 Strasbourg :
<https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/protect-women-s-sexual-and-reproductive-health-and-rights?inheritRedirect=true>.

CONSEIL CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, avis n°95, Problèmes éthiques posés par des démarches de prédiction fondées sur la détection de troubles précoces du comportement chez l'enfant, février 2007.

COUR DE CASSATION, La responsabilité des parents du fait des actes dommageables commis par leurs enfants vivant avec eux, particulièrement en ce qui concerne les assurances pouvant les garantir, rapport de 2002.

COUR DES COMPTES,

- *La protection de l'enfance*, rapport public thématique, Paris, La doc. fr., octobre 2009.
- La santé dans les Outre-mer, une responsabilité dans la République, rapport public thématique, 2014.

COUR EDH, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit au respect de la vie privée et familiale, Conseil de l'Europe, 2019.

COURTELLE (C.), rapport sur la proposition de loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, 23 novembre 2016, n°4245, *Assemblée nationale*.

COURTELLE (C.), QUÉRÉ (C.), rapport d'information sur le projet de loi n°2302, relatif à la santé, n°2592, 18 Février 2015, *Assemblée nationale*.

DAGUERRE (A.), NATIVEL (C.), *Les maternités précoces dans les pays développés. Problèmes, dispositifs, enjeux politiques*, Dossiers d'études de la CNAF, n°53, février 2004.

DECCACHE (A.) (dir.), *Grossesse chez les adolescentes, Tome 2, synthèse des résultats de l'étude et recommandations pour la prévention, l'éducation et l'accompagnement*, faculté de médecine de Louvain, octobre 2007.

DESCHAMPS (J.-P.) (dir.), *Le contradictoire et la communication des dossiers en assistance éducative*, Rapport, Ministère de la justice, janvier 2001, La doc. fr.

DÉFENSEUR DES DROITS,

- *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités*, novembre 2006, La doc. fr
- *L'enfant et sa parole en justice*, novembre 2013, La doc. fr.
- *Droit fondamental à l'éducation*, novembre 2016, La doc. fr.
- *De la naissance à 6 ans : au commencement des droits*, novembre 2018, La doc. fr.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.) (dir.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice, 1999, La doc. fr.

Débat parlementaire sur la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du Code de la santé publique, première lecture, 2ème séance du 1er juillet 1967.

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES, *L'adoption sans consentement*, parlement européen, 2015, PE 519.236.

DOLEZ (M.), rapport sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale, n°3117, 7 juin 2001, *Assemblée nationale*.

Dossier :

- « L'administration légale », *AJ. fam.* 2016, p. 361.
- « Parole de l'enfant : l'audition de l'enfant en justice », *AJ. fam.* 2014, p. 12.
- « L'accompagnement entre droit et pratique », *RDSS* 2012, pp. 975 à 1039.

DREES

- « Les IVG en 1998 », in *Études et résultats*, ministère de l'Emploi et de la Solidarité, n°69, juin 2000.
- *L'état de santé de la population en France – Suivi des objectifs annexés à la loi de santé publique*, rapport 2009–2010, juillet 2010.
- « 341 000 mesures d'aide sociale à l'enfance en cours fin 2017 », *étude et résultat*, octobre 2018, n°1090 : <https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/er1090.pdf>.
- Étude d'impact du projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, du 26 novembre 2013, NOR : JUSX1326670L/Bleue.

EVIN (C.), CHARLES (B.), DENIS (J.-J.), rapport n° 3258 de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 18 septembre 2001, *Sénat*.

GENTON (J.), rapport n°248 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi tendant à fixer à dix-huit ans l'âge de la majorité, 26 juin 1974, *Sénat*.

GEOFFROY (G.), rapport n°2726, sur la proposition de loi adoptée par le Sénat, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, 7 décembre 2005, *Assemblée nationale*.

GIRAUD (F.), rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, n°210, *Assemblée nationale*, annexé au P.V. séance du 31 janvier 2001.

GOUTTENOIRE (A.), « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », in *Colloque "Enfant et justice"*, Dr. fam. juillet-août 2006, n° 29, p. 6.

GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.) (dir.), *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, février 2014, La doc. fr.

HAUT CONSEIL à l'ÉGALITÉ femme/homme, *L'accès à l'IVG*, volet 1 : Information sur l'avortement sur Internet, 2013, n°2013-0912-HCE-008.

HAUT CONSEIL de la SANTÉ PUBLIQUE, *Santé en France, Problèmes et politiques*, mars 2015, La doc. fr.

HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Contraception chez l'adolescente*, Juillet 2013, fiche mémo mis à jour janvier 2015.

HENZY (M.), *Les jeunes en danger. Le champ d'application de l'assistance éducative*, Vaucresson, Centre de formation et de recherche de l'Éducation surveillée, 1972.

HURIET (C.), JACQUAT (D.), « Accompagnement individuel : une réponse aux enjeux de santé publique », *Rencontres parlementaires « Santé société entreprise »*, Actes du colloque de 2004, Altédia santé.

ICH, *Harmonised tripartite guideline: clinical investigation of medicinal products in the pediatric population*, E11. International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use, Geneva, 2000, http://www.ich.org/fileadmin/Public_Web_Site/ICH_Products/Guidelines/Efficacy/E11/Step4/E11_Guideline.pdf.

IGAS,

- *L'accès gratuit et confidentiel à la contraception par les mineures*, n°2014-167R, avril 2015.
- *L'évaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des IVG suite à la loi du 4 juillet 2001*, n°RM2009-112P, octobre 2009.
- *La prévention des grossesses non désirées : information, éducation, communication*, RM2009-118A, La doc. fr., octobre 2009.
- *Les conditions de reconnaissance du « délaissement parental » et ses conséquences sur l'enfant*, RM2009-127P, La doc. fr., novembre 2009.

INED, « Les femmes qui accouchent sous le secret en France (2007-2009) », in *les mémos de la démo* : <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/memos-demo/focus/accouchements-sous-x-france>.

INSEE,

- « Un premier enfant à 28,5 ans en 2015 : 4,5 ans plus tard qu'en 1974 », *Insee première*, mars 2017, n°1642.
- « Des ménages toujours plus nombreux, toujours plus petits », *Insee Première*, Août 2017, n°1663.
- « La solidarité financière entre ménages », *Insee Première*, Juillet 2018, n° cass1707 ;
- « Taux de fécondité par âge de la mère en France », sur la période de 2015 à 2018 disponible : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1892259?sommaire=1912926#titre-bloc-5>.
- *Âge moyen de la mère à l'accouchement en 2018, données annuelles de 1994 à 2018, Chiffres clef*, 15 janvier 2019.

INSERM, « Conduites addictives chez les adolescents _ Usages, prévention et accompagnement », éd. *Inserm*, 2014.

JOUANNO (C.), rapport sur l'IVG et le délit d'entrave par voie numérique, 1^{er} décembre 2016, n°172, *Sénat*.

KLEIN (J.), GEMINGNANI (F.), *Les personnes vulnérables*, 102^{ème} Congrès des notaires de France, Strasbourg, 21-24 mai 2006.

LARDEUX (A.), rapport n°393, sur le projet de loi sur la protection de l'enfance, 14 juin 2006, *Sénat*.

LAURENT (F.), rapport relatif à L'éducation à la sexualité, 13 juin 2016, n°2016-06-13-SAN-021, *Haut Conseil à l'Égalité*.

LÉONETTI (J.), Intérêt de l'enfant, autorité parentale, droit des tiers, 7 octobre 2009, *La doc fr*.

LIGINÈRES-CASSOU (M.), rapport relatif à L'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, n°2977, 12 Avril 2001, *Assemblée nationale*.

LIMON (M.) et IMBERT (C.), *Vers une éthique de l'adoption, donner une famille à un enfant*, remis au Premier ministre et au secrétaire d'État auprès de la ministre des Solidarités et de la Santé chargé de la protection de l'enfance, octobre 2019, *La doc. fr*.

LOAIZA (E.), LIANG (M.), *Adolescent pregnancy : A Review of the Evidence*, UNFPA, New York, 2013.

MEUNIER (M.), DINI (M.), rapport d'information sur la protection de l'enfance, n° 655, 25 juin 2014, *Sénat*.

MIGNON (H.), rapport sur la proposition de loi (n°2567) relative à la contraception d'urgence, n°2588, du 20 septembre 2000, *Assemblée nationale*.

NAVES (P.) (dir.), « POUR et AVEC les enfants et les adolescents, leurs parents et les professionnels. Contribution à l'amélioration du système français de protection de l'enfance et de l'adolescence », Juin 2003, *La doc:fr*.

NEUWIRTH (L.), rapport sur La proposition de loi relative à la contraception d'urgence, 25 octobre 2000, *Sénat*.

NIZAND (I.) (dir.), *L'IVG en France : propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les femmes*, février 1999, *La doc. fr*.

NIZAND (I.) et TOULEMON (L.), rapport du Haut Conseil de la Population et de la Famille, *Pour une meilleure prévention de l'IVG chez les mineures*, décembre 2006.

NORGUIN (V.), in *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 15 janvier 2009, n°68.

OMS,

- *Les problèmes de santé des adolescents : rapport d'un comité d'experts de l'OMS*, série de rapports techniques, n°308, Genève, 1965.
- *Guidelines for Preventing Early Pregnancy and Poor Reproductive Outcomes among Adolescents in Developing Countries*, WHO. 2011.
- *Mariages précoces, grossesses chez les adolescentes et les jeunes femmes*, 65^{ème} assemblée, Genève, 16 mars 2012, A65/13, point 13.4 de l'ordre du jour provisoire.
- *Recommandations de l'OMS relative à la santé et aux droits des adolescents en matière de sexualité et de reproduction*, ISBN 978-92-4-251460-5, 2019.
- *Orientations sur les aspects éthiques à prendre en considération pour planifier et examiner des recherches sur la santé sexuelle et reproductive des adolescents*, ISBN 978-92-4-250841-3, 2019.

ONED,

- *Premier rapport annuel au Parlement et au Gouvernement*, mai 2005, La doc.fr.
- *Le projet pour l'enfant : état des lieux dans 35 départements au premier semestre 2009* [en ligne], novembre 2009, [consulté en juin 2019] : http://www.oned.gouv.fr/system/files/publication/rapport_ppe_200911_5.pdf
- *Cinquième rapport au Gouvernement et au Parlement*, avril 2010, La doc.fr.
- « La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation », Guide pratique protection de l'enfance, Min. Santé et Solidarité, 2011.
- *Huitième rapport au Gouvernement et au Parlement*, mai 2013, La doc.fr.
- *Famille, parenté, parentalité et protection de l'enfance*, septembre 2013, La doc. fr.
- *Dixième rapport au Gouvernement et au Parlement*, mai 2015, La doc. fr.
- *Protection de l'enfant : les nouvelles dispositions issues de la loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant* [en ligne], Paris, mars 2016 [consulté en septembre 2019] : https://www.onpe.gouv.fr/system/files/publication/20160315_notedactu_loipe.pdf
- *Le PPE : état des lieux, enjeux organisationnels et pratiques* [en ligne], juillet 2016, [consulté en juin 2019] : https://www.onpe.gouv.fr/system/files/publication/rapport_ppe_2016.pdf
- *La situation des pupilles de l'État Enquête au 31 décembre 2016*, juin 2018, www.oned.gouv.fr.

PÉCRESSE (V.),

- rapport n°2832, sur la proposition de loi n° 3222 du 28 juin 2006, 25 janvier 2006, *Assemblée nationale*.
- rapport n°3256, sur le projet de loi réformant la protection de l'enfance, 5 juillet 2006, *Assemblée nationale*.

PÉCRESSE (V.), BLOCHE (P.), *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapport fait au nom de la commission d'information et de la famille et des droits des enfants, rapport n°2832, 2006, Assemblée nationale, La doc. fr.

POLETTI (B.), rapport d'information sur la contraception des mineures, *Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes*, 17 mai 2011, n°3444.

Rapport au Président de la République, relatif à l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JO du 16 octobre 2015 texte n°9.

RICHEMONT (M.), rapport sur Le projet de loi 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, 19 décembre 2007, *Sénat*.

ROBIN-RODRIGUO (C.), rapport sur La proposition de loi relative à l'autorité parentale, n°3111, 6 juin 2001, *Assemblée nationale*.

ROSENCZVEIG (J.-P.) (dir.), rapport *De nouveaux droits pour l'enfant ? Oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, 29 jan. 2014, La doc. fr.

SANCHEZ (J.-L.) (dir.), *L'observation de l'enfance en danger : Guide méthodologique*, mai 2001, ODAS Éditeur.

SÉNAT, Les structures de protection de l'enfance, *Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée*, n° L C 170, février 2007.

THÉRY (I.),

- *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au garde des sceaux, ministre de la justice, éd. Odile Jacob, 1998, La doc. fr.
- *Filiation, origine, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des affaires sociales et de la santé, 2014, La doc fr.

UNESCO, *Éducation sexuelle complète une étude mondiale*, 2015 ; rapport complet : « L'éducation sexuelle complète : Nouvelles données, leçons et pratiques », Étude mondiale, 2015.

UNFPA, *La mère-enfant, face aux défis de la grossesse adolescente*, rapport sur l'état de la population mondiale, 2013.

UNICEF,

- *Le classement des maternités adolescentes dans les pays riches*, Innocenti Report Card, n° 3, 2001
- *L'adolescence, l'âge de tous les possibles*, la situation des enfants dans le monde, ISBN : 978-92-806-4556-9, New York, 2011, https://www.unicef.org/french/sowc2011/pdfs/SOWC-2011-Main-Report_FR_02092011.pdf.
- *Vers une génération sans sida : Les enfants et le sida*, Sixième bilan de situation, 2013. New York, Fonds des Nations unies pour l'enfance, 2013, https://www.unicef.org/french/publications/index_70986.html

UNITED NATIONS DEPARTMENT of ECONOMIC and SOCIAL AFFAIRS, *World youth report, 2003 : the global situation of young people*, ISBN : 92-1-130228-5, New York, 2004.

UZAN (M.) (dir.), rapport sur *La prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes*, publié par le Secrétariat d'État à la santé, Décembre 1998, La doc. fr.

VERSINI (D.), *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs fort avec lui*, 2006, La doc. fr.

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes.

-A-

Abandon : v. Désintérêt manifeste.

Accompagnement

- Autonomie : 774.
- Fonctionnement : 778 s.
- Information/état d'ignorance : 775.
- Notion : 772 s.

Accouchement anonyme : 112 s.

Acte juridique

- Acte d'administration : 316.
- Acte de conservation : 311, 732.
- Acte de disposition : 312, 316, 732.
- Acte grave : 340, 538, 665.
- Acte important : 537.
- Acte insignifiant : 321.
- Acte strictement personnel : 68, 116, 137, 219, 363, 365.
- Acte usuel : 199, 311, 314 s.

Action en recherche de filiation

- Recherche de maternité : 128, 139 s., 330, 364.
- Recherche de paternité : 139 s., 168, 582.

Administrateur *ad hoc* : 179 s., 280, 304, 333 s.

Adhésion

- Avis favorable : 753.
- Protection : 213.
- Action éducative : v. Protection de l'enfance.

Administration légale

- Actes patrimoniaux : 277, 311, 766.
- Attribution : 272 s.
- Capacité juridique parentale : 279 s., 301.

- Capacité personnelle : 275, 319 s.
- Libéralité : 151, 273, 304, 714.
- Majeur protégé : 282, 595.
- Puissance paternelle : 272 s., 286.
- Pure et simple : 292, 294.
- Représentation *ad gendum* : v. Capacité procédurale.
- v. Représentation légale.
- Sous contrôle judiciaire : 289 s., 292.
- Unification des régimes : 294 s.

Administrateur *ad hoc* : v. Opposition d'intérêt.

Adolescence

- Notion : 6, 9.
- Grossesses et maternités : 7, 8.

Adoption

- Accouchement sous X : 113, 122.
- Délégation : 564.
- Famille d'origine : 123 s., 170.
- v. Grands-parents.
- Pupille de l'État : 570.
- Projet d'adoption : 571 s.

Allocataire :

- Charge de l'enfant : 162 s., 492.
- Présomption de charge : 163.
- v. Grands-parents.

Assistance

- Éducative : v. protection de l'enfance.
- Habilitante : 759 s.
- Facilitante : v. Accompagnement.

Assistance Éducative : v. Protection de l'enfance.

Audition de l'enfant : v. Procédure judiciaire.

Autorisation

- Contraception : 46, 49.
- De quitter le domicile : 498.
- Émancipation : 395, 692, 706.

Autorisation (suite)

- Habilitante : 611.
- IVG : 59 s.
- Judiciaire : 286 s., 292 s., 363, 517, 527.
- Mariage : 566.
- Notion : 737.

Autorité décisionnelle : 198.

Autorité parentale sur la personne

- Abus de droit : 65.
- Attribution (jouissance) : 167 s.
- Attribution (exercice) : 175 s.
- Autorité décisionnelle : 188 s.
- Capacité du parent-mineur : 209 s., 216 s.
- Information : v. Santé.
- Perte : 180, 365, 552, 582, 584 s., 587, 635, 729.
- Retrait : 550, 554, 555 s., 565 s., 587 s.
- Représentation légale :
v. Représentation.
- Représentation *ad gendum* :
v. Capacité procédurale.
- Superposition : 35, 676, 710.

Avis

- Discernement : 756.
- Favorable : v. Adhésion.
- Gradation de la volonté : 752, 755.
- Modalité d'exercice de l'autorité parentale : 343, 753.
- Notion : 751.
- Parental : 754 s.

-C-

Capacité procédurale

- Audition de l'enfant : 349 s.
- Aide juridictionnelle : 359, 370.
- Assistance éducative : 341.
- Avocat du mineur : 359, 368.
- Contentieux familial : 334, 356, 358, 365.

- Cour EDH : 341.
- Information du mineur de son droit d'être entendu : 335.
- Majeur protégé : 365.
- Mandat judiciaire : 368.
- Nature des actions : 343 s.
- Opposition d'intérêts : 333 s.
- Répartition des actions : 343 s.
- Représentation *ad gendum* : 329 s.
- Théorie du droit servant : 346.

Charge de l'enfant : 162 s., 224, 402, 475, 492.

Concubinage : 692, 695, 707.

Consentement

- Acte usuel : 216.
- Adoption : 363, 564.
- Aide éducative : 428, 498, 524.
- Assistance éducative : 524.
- Contraception : 45 s., 52, 55
- Contrat médical : v. Santé.
- Contrat de travail : 363.
- Décision médicale : v. Santé.
- Discernement : 729.
- IMG : 71, 74.
- IVG : 59 s., 66, 68.
- Mariage : 698 s.
- Notion : 61, 743
- Recherche : 213.
- v. Volonté.

Contraception

- Régulière : 43 s.
- Secret : 47 s.
- Urgence : 52.

Conseil de famille : v. Tutelle

Contrat de travail : 363, 688, 745.

Crainte révérencielle : 694, 702.

Curatelle

- Curateur au ventre : 392.
- Curatelle des mineurs : 764 s.

-D-

Danger : v. Protection de l'enfance.

Délaissement : v. Désintérêt.

Délégation d'autorité parentale

- Imposée : 550, 629 s.
- Partage : 662 s.
- *Stricto sensu* : 651 s.

Désintérêt manifeste

- Assistance éducative : 588.
- Conséquences : 562, 569 s.
- Délaissement : 553 s., 570, 634.
- Notion : 550 s.

Discernement :

- Absence : 180.
- Evaluation objective : 734 s.
- Evaluation subjective : 727 s.
- Fait juridique : 115.
- Gradation : 212 s.
- Volonté : 136, 209.

Donation : 153, 285, 296, 714.

Droit éminemment personnel : 192 s., 363 s., 365 s.

Droit simplement personnel : 193, 215, 357, 583, 708, 755.

-E-

Enfance - Enfant (notion) : 15 s.

Enfant à naître : 389 s.

Émancipation (effets)

- Autorité décisionnelle : 705 s.
- Protection judiciaire et sociale : 720.
- Représentation légale : 713 s.
- Responsabilité civile : 721.

Émancipation légale : v. Mariage.

Émancipation judiciaire :

- Motif légitime : 688.
- Nécessité : 686 s.
- Effets : v. Émancipation.

Exercice strictement personnel : v. Droit éminemment personnel.

-F-

Faute civile

- Discernement : 227, 238.
- Fait objectivement illicite : 239, 243.
- Faute de l'enfant : 237 s.
- Faute de la victime : 232 s.
- Faute du parent : 226, 230.
- Faute personnelle : 263 s.
- Notion : 246.

Filiation

- Accouchement : 132 s.
- Autorité parentale (attribution) : v. Autorité parentale sur la personne.
- Grands-parents : 137.
- Judiciaire : 139 s.
- Obligation alimentaire : v. grands-parents
- Obligation d'entretien : 147 s.
- Reconnaissance : 135 s.

-G-

Gradation de la volonté : 212 s.

Grands-parents

- Adoption : 170.
- Allocataire : 162 s.
- v. Filiation.
- v. Obligation alimentaire.
- Ombre d'autorité : 172.

-I-

Infans

- *Conceptus* : 392.
- Notion : 16.
- *Patria potesta* : 17 s.

Information

- Horizontale : 105 s.
- Préoccupante : 424.
- Verticale : 101 s.

Interruption volontaire de grossesse

- Pour motif personnel : 59 s.
- Pour motif médical : 70 s.

-J-

Jeune/jeunesse : 13 s.

Jouissance légale : 278, 283.

Juge aux affaires familiales : 149, 338, 356, 365, 437 s., 521, 528, 562.

Juge des enfants : 64, 362, 382, 395, 430 s., 449, 453, 461.

Juge des tutelles : 290, 302 s., 309, 338.

-L-

Lien de filiation : v. Filiation.

-M-

Majeur accompagnant : 67, 81, 359, 777, 780.

Majeur protégé

- Acte strictement personnel : 116, 117.
- Autorité parentale : 117, 192.
- v. Administration légale.
- v. Capacité procédurale.
- Danger : v. Protection de l'enfance.
- Lucidité : 137.
- v. Mariage
- Proportionnalité protection : 585, 769.
- Reconnaissance : 137.
- Tuteur : 610.

Majorité civile : 6, 15, 48, 167, 209, 687, 692.

Mandat

- Contrat : 281.
- Éducation quotidienne : 545.
- Judiciaire : v. Capacité procédurale.
- Tacite/apparent : 306, 320, 539.

Mariage

- Capacité juridique : 700.
- v. Consentement.
- Effets : v. Émancipation.
- Majeur protégé : 700.
- Motif grave : 697.
- Nubilité : 693 s.

- Puissance maritale : 707.

Maturité

- Degré : 70, 193, 203, 213, 277, 350, 730, 753.
- v. Discernement.
- Immaturité : 16, 31, 178, 760 s., 789.
- Physiologique : 26, 30, 72, 138.
- Présomption : 79, 783, 790.
- Psychique : 138.
- Sexuelle : 3.
- Sociale : 30.

Minorité

- v. Administration légale.
- v. Autorité parentale sur la personne.
- Capacité juridique : 11, 31, 68, 79, 117, 136, 197, 199 s., 209 s.
- Notion : 22 s.
- v. Pré-majorité.
- Incapacité : v. Représentation légale
- Seuil d'âge : 6, 15, 90, 194, 614, 686, 734 s., 747 s.

-O-

Obligation alimentaire : 155 s.

Obligation d'entretien : 147 s.

Opposition d'intérêts : 333 s.

Organisation familiale : 29 s., 159 s., 467, 491, 522, 644.

-P-

PACS : 692.

Parentalité : 192, 381, 428, 540, 546, 648, 688.

Personnalité juridique : 16, 31, 171, 243 s., 331, 374, 770.

Placement

- À domicile : 503 s.
- Administratif : 461, 498 s.
- AEMO : 436.
- Autorité parentale : 521 s.
- Banque mixte : 571.

- Durée : 461 s.
- Judiciaire : 428, 461, 499.
- Nécessité : 497 s.
- Obligations parentales : 528 s.
- Personne morale : 513 s.
- Personne physique : 508 s.

Perte de l'exercice de l'autorité parentale :
180, 582 s., 587, 622, 635, 729.

Pré-capacité : 757 s.

Pré-majorité : 725 s.

Prise en charge médicale : 84 s.

Protection de l'enfance

- Abandon : v. Désintérêt manifeste.
- Adhésion : 445 s., 452, 454 s., 462, 474, 489, 521.
- AED : 426 s.
- AEMO : 431 s.
- Autorité parentale : 381 s., 395 s., 474 s., 478 s., v. Placement.
- Cadre éducatif : 408 s.
- Danger (appréciation) : 400 s.
- Développement de l'enfant : 413 s.
- Durée : 459 s.
- Enfant à naître : 389 s.
- Gestion du budget familial : 484 s.
- Information préoccupante : 424.
- Judiciaire : 430 s.
- Majeur protégé : 585.
- v. Placement.
- PMI : 421 s.
- Pupille de l'État : v. Adoption.
- Signalement judiciaire : 424, 432 s., 461, 522.
- Socio-administrative : 420 s.
- Subsidiarité : 385 s.

Puberté

- Éducation sexuelle : 93.
- Filiation : 138.
- Nubilité : v. Mariage.
- Notion : 3.
- Pré-majorité : 737.

Puissance paternelle

- v. Administration légale.
- Attribution : 169, 171.

- Contraception : 45 s.
- Exercice : 175.
- Notion : 19, 168.
- *Patria potesta* : 18.
- Puissance maritale : v. Mariage.
- Représentation imparfaite : 197.
- Tutelle : 610.

-R-

Reconnaissance : v. Filiation.

Représentation légale

- Administration légale : 279 s.
- Attribut de l'autorité : 196 s.
- Capacité parentale : 216 s.
- Incapacité juridique : 23, 27, 60, 180, 197.
- Notion : 23.
- Transversale : 180, 277, 300.
- Tutelle : 612, 617, 619.

Résidence de l'enfant : 631 s.

Responsabilité civile

- Assurance civile : 249 s.
- Cohabitation : v. Garde juridique.
- De plein droit : 221 s.
- Dommage : 230 s.
- Faute : v. Faute civile.
- Force majeure : 231.
- Garantie sociale : 252 s.
- Garde juridique : 228, 257 s.
- v. Grands-parents
- Lien de causalité : 232, 240.

Retrait de l'autorité parentale : v. Autorité parentale.

-S-

Santé

- Accès dossier médical : 78, 82, 194, 207 s., 215, 735, 738.
- Contraceptifs : v. Contraception.
- Contrat médical : 205.
- Décision médicale : 207, 215.
- Information : 204 s.

- IVG/IMG : v. Interruption volontaire de grossesse.
- Prise en charge : 84 s.
- Secret médical : 78 s.

Scolarité : 409 s., 482.

Secret médical : v. Santé.

Signalement judiciaire : v. Protection de l'enfance.

-T-

Tier digne de confiance : 435, 511, 636.

Tutelle

- Autorité tutélaire : 598.
- Aux biens : 591 s.
- Complète : 579 s.
- Conseil de famille : 603 s.
- Subrogé tuteur : 613.
- Tuteur : 598, 610 s.

-V-

Vie familiale

- Cohabitation : 475.
- Droit au respect de la vie de famille : 385 s.
- « Normale » : 687, 461, 707.
- Obligation d'entretien : 149.
- Protection de l'enfance : 497.

Vie privée

- Autodétermination : 39, 53, 107, 117.
- Autorité parentale : 78, 193, 343.
- v. Droit éminemment personnel.
- Droit sexuels et reproductifs : 39, 49 s, 99, 108.
- Secret médical : v. Santé.

Vie juridique autonome : 734s., 756, 764, 769 s., 783.

Volonté : v. discernement.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	6
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION.....	13
PREMIÈRE PARTIE : DE MINEUR À PARENT-MINEUR	43
TITRE I : L'ACCÈS DU MINEUR AU STATUT DE PARENT	45
Chapitre I : L'exercice des droits sexuels et reproductifs par un mineur	47
Section 1 : L'autonomie par la marginalisation progressive de l'autorité parentale	49
§ 1 : L'exercice personnel des droits relatifs à la contraception.....	49
A- La lutte contre les grossesses des mineures par la contraception régulière.....	50
1. De la reconnaissance d'un droit à la contraception à la mise en place d'une autonomie limitée.....	51
2. La reconnaissance d'un accès autonome des mineurs à la contraception régulière	54
B- L'exercice personnel du droit à une contraception d'urgence	56
1. L'accès des mineures à la contraception d'urgence	57
2. L'abandon du consentement parental pour l'autonomie des mineures.....	60
§ 2 : L'exercice du droit à l'interruption de grossesse par les mineures	62
A- L'affaiblissement du rôle parental en matière d'interruption volontaire de grossesse pour motif personnel	62
1. Le régime de l'assistance et les maternités non désirées des mineures	63
2. La marginalisation du rôle parental à l'égard de l'interruption volontaire de grossesse	66
B- La place de l'autorité parentale dans l'interruption volontaire de grossesse pour motif médical.....	71
1. L'interruption médicale de grossesse décision de l'autorité parentale.....	71
2. Vers un exercice personnel du droit à l'interruption médicale de grossesse.	73
Section 2 : La reconnaissance d'un droit à l'intimité des mineurs.....	79
§ 1 : Le droit à une sphère d'intimité garantie par le secret médical.....	79
A- L'exercice des droits du mineur dans le cadre du secret médical.....	80
1. La reconnaissance d'une sphère d'autonomie personnelle des mineurs par le secret médical	81
2. Le droit au secret médical, une limite de l'autorité parentale.....	83
B- Les limites du secret lors de la prise en charge médicale du mineur	85
1. De la prise en charge parentale à l'autonomie financière du mineur	85
2. Une disparité dans la prise en charge selon l'âge du mineur	89
§ 2 : L'exercice des droits sexuels et reproductifs conditionné à l'information à destination des mineurs.....	91
A- L'obligation légale d'information et d'éducation en matière de sexualité	92
1. L'information, prérequis à l'exercice des droits par les mineurs.....	93
2. La reconnaissance d'un droit des mineurs à l'information	96
B- Vers une obligation de fiabilité de l'information à destination des mineurs	98
1. L'insuffisance de l'information verticale	99
2. Les risques liés à la fiabilité des informations horizontales.....	102
Conclusion du Chapitre I	105
Chapitre II : L'exercice des droits de filiation par un mineur.....	107
Section 1 : L'établissement du lien de filiation entre le mineur et son enfant	109
§ 1 : Le refus du lien juridique entre le parent-mineur et son enfant	109
A- Le refus du lien juridique lors de l'accouchement anonyme	109
1. Les effets de l'anonymat sur la filiation du mineur	110
2. Le fondement de l'accès des mineures à l'accouchement sous X.....	112

B-	La confrontation de l'accouchement sous X à l'intérêt de l'enfant.....	116
1.	L'absence de droit pour la mère de priver l'enfant de sa ligné biologique	116
2.	L'établissement du lien de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine	118
§ 2 :	Le lien juridique entre l'enfant et son parent-mineur.....	122
A-	L'établissement extrajudiciaire de la filiation par un parent-mineur	123
1.	L'établissement de la filiation par l'effet de l'accouchement.....	123
2.	L'établissement de la filiation par l'effet de la volonté : la reconnaissance.....	126
B-	L'établissement judiciaire de la filiation par un parent-mineur.....	129
1.	Le parent-mineur demandeur à l'action	129
2.	Le prétendu parent-mineur défendeur à l'action	131
Section 2 :	Les effets du lien de filiation entre le parent-mineur et son enfant	135
§ 1 :	Les obligations légales liées à la filiation à l'épreuve du parent-mineur	135
A-	L'obligation d'entretien du parent-mineur	135
1.	L'obligation d'entretien mise à la charge des parents-mineurs	136
2.	La dépendance du parent-mineur dans l'exécution de son obligation d'entretien.....	139
B-	L'obligation alimentaire des parents du parent-mineur.....	141
1.	L'obligation alimentaire palliatif de l'obligation d'entretien du parent-mineur	141
2.	L'organisation familiale par la charge effective de l'enfant.....	144
§ 2 :	Le parent-mineur titulaire de l'autorité parentale.....	148
A-	L'autorité parentale attribut de la filiation.....	149
1.	L'indifférence de l'âge des titulaires de l'autorité parentale	149
2.	Le parent-mineur titulaire exclusif de l'autorité parentale.....	150
B-	L'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à ses titulaires	153
1.	L'attribution de l'exercice de l'autorité parentale aux parents-mineurs.....	153
2.	L'attribution de l'exercice de l'autorité parentale aux parents-mineurs.....	155
Conclusion du Chapitre II		161
Conclusion du Titre I		163

TITRE II : L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE PAR UN PARENT-MINEUR.....165

Chapitre I :	L'autorité décisionnelle du parent-mineur.....	167
Section 1 :	L'autorité droit éminemment personnel du parent-mineur.....	169
§ 1 :	L'autorité sur la personne de l'enfant	169
A-	L'autorité, droit lié à la personne du parent-mineur	169
1.	L'autorité, droit de décision attribué spécifiquement au parent-mineur	170
2.	La gouvernance de la personne de l'enfant par son parent-mineur	174
B-	La représentation légale attribut de l'autorité sur la personne de l'enfant	177
1.	La réalisation des actes juridiques liés à la personne de l'enfant	177
2.	La capacité juridique, attribut de l'autorité du parent.....	180
§ 2 :	L'articulation des droits de l'enfant avec l'autorité parentale	182
A-	L'autonomie du parent-mineur dans la gouvernance de la personne de son enfant	183
1.	L'autorité du parent-mineur dans les décisions relatives à la personne de son enfant.	183
2.	La capacité parentale du parent-mineur.....	188
B-	Le parent-mineur et son enfant objet de l'autorité de leurs parents respectifs.....	192
1.	L'existence d'une gradation juridique des volontés	193
2.	La capacité juridique personnelle du parent-mineur.....	197
Section 2 :	La responsabilité civile du parent-mineur.....	201
§1 :	La responsabilité civile du parent-mineur du fait de son enfant.....	202
A-	La responsabilité parentale objective du parent-mineur.....	202
1.	La responsabilité civile conséquence du statut de parent	203
2.	La responsabilité sans faute du parent-mineur	207
B-	Le comportement de l'enfant à l'origine de la responsabilité du parent-mineur.....	211
1.	De la responsabilité du comportement fautif de l'enfant à celle du simple fait causal du dommage	211
2.	De la responsabilité du simple fait causal de l'enfant au retour à l'exigence d'un comportement fautif	215

§ 2 : La mise en œuvre de la responsabilité civile des parents-mineurs du fait de leur enfant	218
A- Les limites résultant de la précarité de la situation des parents-mineurs	219
1. Le recours à la solidarité contractuelle	219
2. La nécessité d'une garantie sociale de la responsabilité parentale des parents-mineurs.....	221
B- La recherche d'un responsable solvable par la victime de l'enfant du parent-mineur	224
1. Le transfert de la garde juridique, condition de la responsabilité de plein droit des tiers.....	224
2. La faute, condition de la responsabilité personnelle des tiers	228
Conclusion du Chapitre I	233
Chapitre II : La capacité juridique du parent-mineur	235
Section 1 : La capacité patrimoniale du parent-mineur.....	237
§ 1 : La confiance accordée à la gestion patrimoniale du parent-mineur	237
A- L'administration légale du patrimoine du mineur par ses parents.....	237
1. L'attribution de l'administration légale aux parents-mineurs.....	238
2. L'exercice de l'administration légale par un parent-mineur	243
B- L'unification des modalités d'exercice de l'administration légale.....	247
1. L'évolution des modalités d'exercice de l'administration légale	248
2. Le régime adaptable encadrant l'exercice de l'administration légale	252
§ 2 : L'influence de la capacité parentale sur la capacité personnelle du parent-mineur	256
A- Le maintien de l'incapacité juridique du parent-mineur	256
1. La gestion du patrimoine du parent-mineur	256
2. La portée de l'incapacité générale du parent-mineur.....	262
B- La sphère de capacité personnelle du parent-mineur en matière patrimoniale.....	266
1. L'étendue de l'acte usuel.....	266
2. La capacité juridique personnelle du parent-mineur conditionnée à la bonne gestion de ses intérêts.....	270
Section 2 : La capacité procédurale du parent-mineur.....	275
§ 1 : La représentation procédurale des mineurs	275
A- Le principe de la représentation du mineur, partie à la procédure	275
1. La substitution de l'enfant partie à la procédure par son parent	276
2. La limite de la représentation du parent résultant de l'opposition d'intérêts.....	278
B- La répartition de la représentation procédurale entre administrateur légal et titulaire de l'autorité parentale.....	280
1. Une répartition de la représentation procédurale fondée sur la nature du droit mobilisé.....	281
2. Le critère de répartition des actions entre les différents représentants légaux de l'enfant-mineur.....	284
§ 2 : Le rôle procédural du parent-mineur subordonné à la nature du droit mobilisé.....	286
A- L'association du parent-mineur aux procédures qui le concernent.....	287
1. Le droit du parent-mineur d'être entendu dans les procédures qui le concernent	287
2. Le parent-mineur sujet extérieur aux procédures judiciaires qui le concernent	290
B- La limite de la représentation procédurale du parent-mineur.....	294
1. L'exclusion de la représentation procédurale dans l'exercice des droits et actions de nature éminemment personnelle.....	294
2. Les aménagements de la capacité procédurale du parent-mineur.....	298
Conclusion du Chapitre II	303
Conclusion du Titre II	305
Conclusion de la Première Partie	307

SECONDE PARTIE : L'INTERDÉPENDANCE DE LA PROTECTION DU PARENT-MINEUR ET DE SON ENFANT 309

TITRE I : LA PROTECTION DE L'ENFANT AU TRAVERS DE CELLE DE SON PARENT-MINEUR 311

Chapitre I : La protection de l'enfant face à la vulnérabilité de ses parents-mineurs	313
Section I : La protection des intérêts du parent-mineur et de son enfant par l'État	315
§ 1 : L'intervention de l'État dans l'intimité familiale du parent-mineur.....	315
A- Les droits des parents subordonnés à leur devoir de protection.....	316
1. Le contrôle de l'exercice de l'autorité parentale par l'État.....	316
2. Le caractère subsidiaire de la protection de l'enfance	319
B- La délimitation du domaine de la protection de l'enfance	322
1. La protection de l'enfant au travers de son parent-mineur dès sa conception	323
2. Une protection conditionnée à la minorité de l'enfant et à sa dépendance à un régime de protection civil.....	326
§ 2 : Les conditions de l'intervention de la protection de l'enfance auprès du parent-mineur et de son enfant	329
A- Le danger, critère d'intervention transversal de la protection de l'enfance	330
1. L'appréciation du danger par ses causes	330
2. L'appréciation du danger par son objet	334
B- Le critère des conditions d'éducation ou de développement gravement compromises ...	337
1. Le cadre éducatif parental et le respect du droit de l'enfant d'être éduqué	337
2. La protection du développement physique, affectif, intellectuel et social de l'enfant .	341
Section II : Le caractère évolutif de l'action éducative.....	345
§ 1 : De la prévention des difficultés des familles aux mesures éducatives	345
A- L'importance prise par la protection socio-administrative	346
1. Les actions de prévention à destination du parent-mineur	346
2. L'aide éducative proposée dans le cadre de la protection de l'enfance	350
B- L'importance conservée par la protection judiciaire	353
1. La protection judiciaire du parent-mineur et de son enfant par l'assistance éducative	353
2. L'articulation de la protection judiciaire de l'enfance	357
§ 2 : Le parent-mineur et ses parents, acteurs de la protection de leur enfant.....	360
A- L'implication du parent-mineur et de son parent dans l'action éducative.....	361
1. L'intégration du parent-mineur dans l'action éducative en tant que parent.....	361
2. La participation du parent-mineur à l'action éducative en tant que mineur.....	368
B- Le caractère temporaire de l'action éducative.....	373
1. Des mesures éducatives limitée dans le temps.....	373
2. La durée effective de l'action éducative.....	376
Conclusion du Chapitre I	381
Chapitre II : De l'accompagnement du parent-mineur à sa substitution.....	383
Section I : La proportionnalité de la réponse éducative à la vulnérabilité du parent	385
§ 1 : Le maintien du mineur dans sa famille par l'accompagnement de ses parents	385
A- L'accompagnement du parent dans sa fonction éducative.....	386
1. L'accompagnement dans la fonction parentale.....	386
2. Le contrôle et l'encadrement de la fonction parentale par le juge	389
B- L'accompagnement du parent dans la gestion du budget familial	392
1. L'organisation de l'accompagnement budgétaire de la famille.....	392
2. La détermination du parent destinataire de l'accompagnement budgétaire.....	396
§ 2 : La protection de l'enfant par la séparation de ses parents	399
A- Le placement du parent-mineur et de son enfant	399
1. La nécessité du placement de l'enfant et de son parent.....	400
2. La proportionnalité des formes de placement en fonction du but recherché	402
B- Le choix du lieu de placement du parent-mineur et de son enfant	407
1. Le parent-mineur et son enfant confié à une personne physique.....	407
2. Le parent-mineur et son enfant confié à une personne morale.....	411

Section II : Du maintien au retrait de l'autorité parentale	415
§ 1 : La coexistence de l'autorité parentale avec la protection de l'enfance	415
A- La continuité de l'autorité parentale dans le cadre de la protection de l'enfance	415
1. Le maintien d'une autorité parentale sous contrôle.....	416
2. Le maintien des obligations des parents à l'égard de leur enfant.....	420
B- Les droits reconnus aux personnes assumant la prise en charge de l'enfant	424
1. Les prérogatives dévolues aux tiers assurant la prise en charge de l'enfant	424
2. Vers une harmonisation du statut du tiers assurant la charge quotidienne de l'enfant	429
§ 2 : La protection de l'enfant sans son parent-mineur.....	435
A- L'incompatibilité du comportement du parent-mineur avec la protection de son enfant.	435
1. L'atteinte à la protection de l'enfant résultant d'une faute parentale d'omission non constitutive d'un danger	436
2. L'atteinte à la protection de l'enfant résultant d'une faute parentale constitutive d'un danger.....	441
B- La remise en cause du statut parental dans l'intérêt de l'enfant	444
1. Les conséquences du comportement fautif du parent sur l'autorité parentale	445
2. Les conséquences du comportement fautif du parent sur le lien de filiation	448
Conclusion du Chapitre II	455
Conclusion du Titre I	457
TITRE II : VERS UN STATUT DE PARENT-MINEUR	459
Chapitre I : Les aménagements du statut de parent du mineur	461
Section I : L'ouverture d'une tutelle au bénéfice de l'enfant du parent-mineur.....	463
§ 1 : L'ouverture exceptionnelle et proportionnée de la tutelle	463
A- La tutelle complète due à la défaillance de l'autorité parentale	463
1. Les difficultés d'une ouverture fondée sur la privation de l'exercice de l'autorité parentale.....	464
2. Le caractère exceptionnel de l'ouverture d'une tutelle suite au retrait de l'autorité parentale.....	468
B- L'ouverture d'une tutelle en raison des difficultés du parent dans la gestion des biens de son enfant.....	472
1. La substitution de l'administration légale par la tutelle en raison d'une « cause grave ».....	472
2. L'indépendance du gouvernement de la personne de l'enfant, de la gestion de ses biens.. ..	475
§ 2 : La coexistence de la tutelle avec les droits du parent-mineur	477
A- L'implication des parents-mineurs dans les charges tutélaires	477
1. Le parent-mineur intégré au conseil de famille.....	478
2. Le parent-mineur, tuteur désigné de son enfant.....	481
B- Les difficultés d'articulation entre la tutelle et les droits conservés par le parent-mineur	485
1. Les risques de blocage entre le parent-mineur et les organes de la tutelle	485
2. L'inadéquation de la tutelle face aux enjeux de la minorité parentale	488
Section II : La délégation de l'exercice de l'autorité parentale du parent-mineur	493
§ 1 : Les conditions strictes encadrant la délégation de l'autorité parentale	494
A- La délégation imposée à la demande du tiers, protection de l'enfant	494
1. Le recueil préalable de l'enfant par le tiers	495
2. La gravité du comportement parental.....	497
B- La délégation volontaire à la requête des parents, tentative échouée d'organisation familiale.....	501
1. L'intervention du juge subordonné à la volonté des père et mère.....	502
2. Le caractère nécessaire de la délégation volontaire.....	506
§ 2 : Les effets de la délégation de l'autorité parentale	510
A- La substitution du tiers au parent par la délégation supplétive.....	511
1. Une délégation limitée à l'exercice de l'autorité parentale	511
2. L'étendue de la délégation « supplétive » source de difficulté.....	514

B-	La coopération entre le parent et le tiers par la délégation-partage	517
1.	Un partage diffus de l'autorité parentale réalisé pour protéger l'enfant	518
2.	L'échec de l'intégration du tiers pour faciliter l'organisation juridique de la famille	521
	Conclusion du Chapitre I	527
	Chapitre II : Les aménagements du statut de mineur du parent	529
	Section I : L'émancipation des parents-mineurs.....	531
§ 1 :	L'accès des parents mineurs à l'émancipation.....	531
A-	L'émancipation judiciaire du parent-mineur	532
1.	L'intervention du juge subordonnée à la volonté exclusive des père et mère	532
2.	La nécessité de l'émancipation judiciaire fondée sur un motif légitime	536
B-	L'émancipation légale du parent-mineur par le mariage	541
1.	La restriction de l'accès des mineurs à l'émancipation légale	541
2.	Le mariage du mineur conditionné à l'autorisation de ses parents.....	547
§ 2 :	Les conséquences juridiques de l'émancipation des parents-mineurs.....	552
A-	L'autonomie du parent-mineur dans l'exercice de ses droits	552
1.	La fin de l'autorité sur le parent émancipé	553
2.	La fin de la représentation légale du parent-émancipé	558
B-	Les limites posées par l'émancipation du parent-mineur	560
1.	La précarité de la situation du parent émancipé.....	560
2.	L'autonomie juridique aux dépens de la protection du parent émancipé.....	564
	Section II : Vers une proportionnalité de la protection du parent-mineur.....	569
§ 1 :	L'élaboration d'une pré-majorité du parent-mineur.....	569
A-	L'évaluation du discernement de l'enfant préalable à toute pré-majorité.....	570
1.	L'évaluation qualitative et subjective du discernement des mineurs	570
2.	Vers une objectivisation et une quantification du discernement due à une vie juridique autonome.....	576
B-	Les alternatives juridiques à l'autorité des parents.....	580
1.	Le recours à l'autorisation parentale sur les décisions prises par le parent-mineur	581
2.	Le recours à l'avis parental sur les décisions prises par le parent-mineur.....	585
§ 2 :	L'élaboration d'une pré-capacité du parent-mineur	590
A-	L'assistance dans la réalisation des actes juridiques	590
1.	L'assistance « habilitante » du parent-mineur.....	590
2.	La redécouverte du mécanisme de curatelle mineure.....	593
B-	L'accompagnement du mineur dans ses démarches.....	598
1.	La notion d'accompagnement.....	599
2.	L'accompagnement, du parent-mineur dans son autonomie.....	603
	Conclusion du Chapitre II	607
	Conclusion du Titre II	609
	Conclusion de la Seconde Partie.....	611
	Conclusion Générale	615

BIBLIOGRAPHIE.....	623

INDEX.....	679

TABLE DES MATIÈRES	687

Titre : Le parent-mineur

Mots clés : Minorité, autorité parentale, protection, vulnérabilité.

Résumé : Les personnes qui accèdent au statut de parent sans avoir atteint l'âge de la majorité civile constituent une frange de la population avec des problématiques et des besoins sociaux, médicaux et juridiques bien spécifiques. Les études consacrées à ce phénomène privilégient les questions d'ordre médical et social, l'aspect juridique n'étant généralement que peu évoqué. Ces parents encore mineurs sont présentés comme un problème auquel il convient de remédier, car leurs grossesses et leurs maternités sont systématiquement présentées comme des événements non désirés, leur devenir n'étant que rarement évoqué. Ce travail a pour objectif de présenter la situation juridique de ces mineurs qui mettent à l'épreuve leur présomption légale d'immaturité et leur incapacité juridique. L'attribution du statut de parent à un mineur permet de confronter l'exercice de ses droits avec la protection dont il demeure l'objet par sa minorité.

En accédant au statut de parent, le mineur évolue avec son enfant dans un environnement juridique atypique où deux organisations familiales coexistent, chacun des parents ayant vocation à exercer l'autorité parentale sur leur enfant respectif. Les difficultés découlant de cette situation paradoxale dans laquelle un mineur est amené à préserver les intérêts de son enfant mineur propose une lecture différente du fonctionnement de l'autorité parentale et de la place accordée à la représentation légale. Face aux enjeux de la protection du parent-mineur et de son enfant, il convient de prévoir l'articulation du statut de mineur avec celui de parent lorsqu'ils sont réunis sur une même personne juridique. Cette coexistence ne pourra se faire qu'en aménageant l'un de ces statuts au profit de l'autre en tenant compte de l'aptitude du mineur à assumer sa fonction de parent et ainsi préserver les intérêts de son enfant.

Title : The parent-minor

Keywords : Minority, parental authority, protection, vulnerability.

Abstract : People who reach the status of parent without having reached the age of the civilian majority constitute a segment of the population with very specific social, medical and legal problems and needs. The studies devoted to this phenomenon give priority to medical and social questions, the legal aspect being rarely considered. These parents-minor are presented as a problem that needs to be addressed, as their pregnancies and motherhood are systematically presented as unwanted events, their becoming rarely mentioned. The purpose of this work is to present the legal situation of these minors who put their legal presumption of immaturity and their legal incapacity to the test. The granting of the status of parent to a minor may enable the confrontation of his rights with the protection which he remains the object.

By becoming a parent, the minor evolves with his or her child in an atypical legal environment where two family organization coexist, each parent the parental authority over their respective child. The difficulties arising from this paradoxical situation where a minor can be brought the best interests of his child, this situation proposes a different reading of the functioning of parental authority and the range of the child's legal incapacity. In view of the issues of prent-minor's protection and his or her child, it may require to consider the articulation of the status of minor with this new parenthood. This coexistence can only be achieved by modifying one of the statutes for the benefit of the other by taking account to the ability of the minor to assume his parenthood by preservinf the best interest of his or her child.